COMPLEXO JURÍDICO
DAMÁSIO DE JESUS
A excelência no ensino do Direito

CURSO DO PROF. DAMÁSIO A DISTÂNCIA

1. ART. 1.º DO CP

“Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

1.2. Princípio da Legalidade

Previsto também na CF em seu art. 5.º, XXXIX, tem por finalidade servir como garantia política ao cidadão; garantia contendora do poder político-estatal, contra a arbitrariedade. Compreende dois princípios:

1.2.1. Princípio da reserva legal

Não há crime sem lei que o defina nem pena sem cominação legal, ou seja, somente a lei poderá descrever crimes e cominar penas.

a) Aspectos

Formal:

- reserva absoluta da lei (somente a lei poderá veicular matéria penal). Segundo a doutrina dominante, somente a lei, em sua concepção formal e estrita, pode criar tipos e impor penas.;
- taxatividade (necessidade da lei descrever o crime em todos os seus pormenores); proibição da analogia (não é admitida analogia em

normas incriminadoras, somente em normas não incriminadoras é admitida a analogia, desde que seja para beneficiar o agente).

Material:

- tipo penal que exerce também uma função seletiva, que consiste em o legislador, por meio do tipo, selecionar, entre todas as condutas humanas, as mais perniciosas à sociedade. Em um tipo penal não pode constar condutas positivas, não perniciosas à sociedade.

b) Princípios

- *Adequação social:* de acordo com este princípio, não podem ser considerados criminosos fatos socialmente adequados, ou seja, as condutas que são aprovadas pela coletividade não podem ser consideradas criminosas pelo legislador. Existem alguns obstáculos:
  - costume não revoga lei, ou seja, ainda que o costume leve a norma penal ao desuso, ele não poderá revogá-la (art. 2.º da LICC);
  - não cabe ao Judiciário avocar para si a função típica do Poder Legislativo.
- *Insignificância:* aplica-se aos chamados “delitos de bagatela”. Assenta-se no princípio *de minimis non curat pretor* (o pretor não cuida de crimes insignificantes). O tipo penal cuida do bem jurídico e da proteção do cidadão, portanto, se o delito for incapaz de ofender o bem jurídico, não haverá como enquadrá-lo no tipo. Há, no entanto,

que se entender que, nestes casos, apesar do delito ser insignificante, o fato é inadequado à sociedade.

- *Alteridade:* não podem ser punidas condutas puramente internas, que não transcendam a figura do infrator.

1.2.2. Princípio da anterioridade

Não há crime sem lei "anterior" que o defina nem pena sem prévia cominação legal, ou seja, a lei que descreve um crime deve ser anterior ao fato incriminado. A irretroatividade da lei é uma conseqüência lógica da anterioridade. A lei penal só poderá alcançar fatos anteriores para beneficiar o réu.

2. IRRETROATIVIDADE

2.1. Art. 2.º, *caput*, do CP

"*Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória*."

Lei que revoga um tipo incriminador extingue o direito de punir (*abolitio criminis*). A conseqüência do *abolitio criminis* é a extinção da punibilidade do agente.

Por beneficiar o agente, o *abolitio criminis* alcança fatos anteriores e será aplicado pelo Juiz do processo, podendo ser aplicado antes do final do

processo, levando ao afastamento de quaisquer efeitos da sentença, ou após a condenação transitada em julgado. No caso de já existir condenação transitada em julgado, o *abolitio criminis causa os seguintes efeitos:* a extinção imediata da pena principal e de sua execução, a libertação imediata do condenado preso e extinção dos efeitos penais da sentença condenatória (ex.: reincidência, inscrição no rol dos culpados, pagamento das custas etc.).

Vale lembrar que os efeitos extrapenais, contudo, subsistem, como a perda de cargo público, perda de pátrio poder, perda da habilitação, confisco dos instrumentos do crime etc.

A competência para a aplicação do *abolitio criminis* após o trânsito em julgado é do juízo da execução (Súmula n. 611 do STF: "Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação da lei mais benigna").

2.2. Art. 2.º, par. ún., do CP

"*A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fato anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado*." A lei nova que for mais benéfica retroage em favor do agente.

2.3. Extratividade

É o fenômeno pelo qual a lei produz efeitos fora de seu período de vigência.

Divide-se em duas modalidades: *retroatividade* e *ultratividade*.

Na retroatividade, a lei retroage aos fatos anteriores à sua entrada em vigor, se houver benefício para o agente; enquanto na ultratividade, a lei produz efeitos mesmo após o término de sua vigência.

2.4. Art. 3.º do CP

"*A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência*."

As leis acima citadas são auto-revogáveis, ou seja, são exceções à regra de que uma lei se revoga por outra lei. Subdividem-se em duas espécies:

- *leis temporárias:* aquelas que já trazem no seu próprio texto a data de cessação de sua vigência, ou seja, a data do término de vigência já se encontra explícito no texto da lei.
- *leis excepcionais*: aquelas feitas para um período excepcional de anormalidade. São leis criadas para regular um período de instabilidade. Neste caso, a data do término de vigência depende do término do fato para o qual ela foi elaborada.

Estas duas espécies são ultrativas, ainda que prejudiquem o agente (ex.: num surto de febre amarela é criado um crime de omissão de notificação de febre amarela; caso alguém cometa o crime e logo em seguida o surto seja controlado, cessando a vigência da lei, o agente responderá pelo crime). Se não fosse assim, a lei perderia sua força coercitiva, visto que o agente, sabendo qual seria o término da vigência da lei, poderia retardar o processo para que não fosse apenado pelo crime.

3. ART. 4.º, DO CP

"*Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado*."

Trata do tempo do crime, ou seja, quando o crime reputa-se praticado. Existem três teorias sobre o tempo do crime:

- *teoria da atividade*: o tempo do crime é o tempo da ação, ou seja, é o tempo que se realiza a ação ou a omissão que vão configurar o crime;
- *teoria do resultado*: o tempo do crime é o tempo que se produz o resultado, sendo irrelevante o tempo da ação;
- *teoria mista ou da ubiqüidade*: o tempo do crime será tanto o tempo da ação quanto o tempo do resultado.

A teoria utilizada pelo CP é a *teoria da atividade*. Na teoria da atividade, seja em crime permanente, seja em crime continuado, o agente, em caso de lei nova, responderá sempre de acordo com a última lei vigente, seja ela mais benéfica ou não.

4. CONFLITO APARENTE DE NORMAS

O conflito ocorre quando existir: pluralidade de normas, unidade de fato, aparente aplicação de todas as normas ao mesmo fato e efetiva aplicação de somente uma das normas. O conflito existente não é real, mas sim aparente,

tendo em vista que apenas uma das normas será aplicada. Estes conflitos aparentes só poderão ser solucionados por meio da observação de seus princípios, que são os princípios da especialidade, subsidiariedade, consunção e alternatividade.

4.1. Princípio da Especialidade

Lex specialis derrogat generali (lei especial derroga a geral). Se houver um conflito entre uma norma especial e uma norma geral, aplica-se a norma especial, tendo em vista que a norma especial contém todos os elementos da norma geral com mais alguns elementos denominados especializantes.

4.2. Princípio da Subsidiariedade

Lex primaria derrogat subsidiariae (lei primária derroga a subsidiária). Se houver um conflito entre uma norma mais ampla e uma menos ampla, aplica-se a norma mais ampla, tendo em vista que a norma subsidiária é englobada pela norma primária. Existem duas formas de subsidiariedade:

- *implícita*: não vem expressa no tipo (ex.: constrangimento ilegal é subsidiário do seqüestro);
- *explícita*: vem expressa no tipo (ex.: o crime previsto no art. 132 do CP é subsidiário do disparo de arma de fogo, visto que há no tipo a expressão “se o fato não constitui crime mais grave”.

4.3. Princípio da Consunção

Significa consumir, absorver. Um fato mais grave absorve o fato menos grave. Aqui, o conflito não se dá propriamente entre normas, mas sim no fato, tendo em vista ser um mais grave do que o outro. São espécies de consunção a progressão criminosa, *antefactum* não punível, *postfactum* não punível, crime progressivo e crime complexo.

4.3.1. Progressão criminosa

Existe uma pluralidade de fatos e elementos subjetivos e uma progressividade na lesão, ou seja, cada fato será progressivamente mais grave que o outro (ex.: um sujeito tem o dolo de causar uma lesão leve na vítima; após consumado o crime o agente decide causar lesões graves na vítima; logo em seguida o agente decide matar a vítima consumando o crime. Neste caso, o homicídio absorve as lesões).

4.3.2. **Antefactum** *não punível*

É um fato anterior imprescindível para a execução do fato principal (ex.: um sujeito acha uma folha de cheques, falsifica a assinatura e a utiliza para fazer uma compra. Neste caso, a falsificação é um meio necessário para a prática do crime de estelionato e se exaure com ele, ou seja, a falsificação não poderá ser utilizada para a prática de outros crimes. O estelionato absorve a falsificação. Súmula n. 17, STJ: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”).

4.3.3. **Postfactum** ***não punível***

Configura fato posterior irrelevante (ex.: um sujeito furta um objeto e o vende. O fato de o agente ter vendido o bem furtado é irrelevante, tendo em vista que o furto não deixará de ser punido).

4.3.4. Crime progressivo

Existe um elemento subjetivo e uma pluralidade de fatos, ou seja, o crime é composto de vários atos, mas existe sempre a mesma vontade desde o início (ex.: um sujeito tem o dolo de matar a vítima; para isso utiliza-se de um instrumento qualquer que vai causando lesões, desde as leves até as gravíssimas, até chegar à consumação do crime. Neste caso, o homicídio absorve as lesões, mesmo porque o dolo era de matar a vítima).

4.3.5. Crime complexo

Resulta da fusão de dois ou mais crimes (ex.: extorsão mediante seqüestro, estupro qualificado pela morte etc.).

4.4. Princípio da alternatividade

Ocorre quando houver uma só norma contendo várias condutas, ou seja, várias formas de realização de um crime.

5. ART. 6.º DO CP

"*Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado*."

Para os crimes de espaço máximo ou à distancia (crimes executados em um país e consumados em outro) foi adotada a teoria da ubiqüidade, ou seja, a competência para o julgamento do fato será de ambos os países.

Para os chamados "delitos plurilocais" (ação se dá em um lugar e o resultado em outro dentro de um mesmo país), foi adotada a teoria do resultado (art. 70 do CPP), ou seja, o foro competente é o foro do local do resultado.

Nas infrações de competência dos Juizados Especiais Criminais, a Lei n. 9.099/95 seguiu a teoria da atividade, ou seja, o foro competente é o da ação.

6. ART. 10 DO CP

"*O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum*."

Os prazos podem ser de Direito Material ou de Direito Processual, com características distintas, quais sejam:

- *Prazos de Direito Processual (art. 798, § 1.º, do CPP)*: não se computa o dia do começo; o primeiro dia será o primeiro dia útil subseqüente ao dia do

começo (Súmula n. 310, STF: "Quando a intimação tiver lugar na sexta-feira, ou a publicação com efeito de intimação for feita nesse dia, o prazo judicial terá início na segunda-feira imediata, salvo se não houver expediente, caso em que começará no primeiro dia útil que se seguir"); o prazo prorroga-se até o dia útil seguinte quando terminar em domingo ou feriado; são prazos sujeitos à suspensão e interrupção;

- *Prazos de Direito Material (art. 10 do CP)*: Na sua contagem, computa-se o dia do começo como o primeiro dia, excluindo-se, por conseqüência, o dia do final; não se prorroga quando termina em domingo ou feriado (o sábado é considerado feriado), ou seja, não segue até o dia útil subseqüente. São prazos considerados "fatais"; são prazos não sujeitos à suspensão e interrupção.

6.1. Tipos de Prazo

Todo e qualquer prazo que acarretar a extinção da punibilidade é prazo de direito penal. São eles:

- *prazo decadencial*: é o prazo para que o ofendido ou seu representante legal entre com a queixa ou ofereça a representação. É um prazo de Direito Penal, visto que acarreta a extinção da punibilidade;

- *prazo prescricional*: também é um prazo de Direito Penal, visto que acarreta a extinção da punibilidade;

- *perempção*: é uma sanção processual, ou seja, é uma sanção ao querelante que não dá andamento ao processo (art. 60 do CPP). O prazo de 30 dias para dar andamento ao processo é considerado um

prazo de direito penal, visto que o seu decurso acarreta a extinção do processo e, conseqüentemente, a extinção da punibilidade.

MÓDULO II

DIREITO PENAL

Teoria Geral do Crime

Praça Almeida Júnior, 72 – Liberdade – São Paulo – SP – CEP 01510-010
Tel.: (11) 3346.4600 – Fax: (11) 3277.8834 – www.damasio.com.br

DIREITO PENAL

Teoria Geral do Crime

1. CONCEITO DE CRIME

Existem quatro sistemas para a conceituação de crime:

- Formal.
- Material.
- Formal e material.
- Formal, material e sintomático.

Predominam dois sistemas: o formal e o material.

1.1. Conceito Material de Crime

É a ação ou omissão, imputável a pessoa, lesiva ou perigosa a interesse penalmente protegido, constituída de determinados elementos e eventualmente integrada por certas condições ou acompanhada de determinadas circunstâncias previstas em lei.

Nada mais é que a violação de um bem penalmente protegido.

1.2. Conceito Formal de Crime

Crime é um fato típico e antijurídico. A culpabilidade constitui pressuposto da pena.

2. ANÁLISE E CARACTERES DO CRIME SOB O ASPECTO FORMAL

2.1. Caracteres do Crime sob o Aspecto Formal

Conceituamos o crime como sendo o fato típico e antijurídico. Para que haja crime, é preciso uma conduta humana positiva ou negativa. Nem todo comportamento do homem, porém, constitui delito, em face do princípio da reserva legal. Logo, somente aqueles previstos na lei penal é que podem configurar o delito.

Pode-se dizer, portanto, que o primeiro requisito do crime é o fato típico.

Não basta que o fato seja típico, pois é preciso que seja contrário ao direito: antijurídico. Isto porque, embora o fato seja típico, algumas vezes é considerado lícito (legítima defesa etc.).

Logo, excluída a antijuridicidade, não há crime.

2.2. Fato Típico: Antijuridicidade e Culpabilidade

Fato típico: é o comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca um resultado (em regra) e é previsto na lei penal como infração.

2.2.1. Elementos do fato típico

- Conduta humana: dolosa ou culposa.
- Resultado: salvo nos crimes de mera conduta.
- Nexo causal: salvo nos crimes de mera conduta e formais.
- Enquadramento do fato material a uma norma penal.

2.2.2. Antijuridicidade

É a relação de contrariedade entre o fato e o ordenamento jurídico.

2.2.3. Culpabilidade

É a reprovação da ordem jurídica, em face de estar ligado o homem ao fato típico e antijurídico. Não se trata de requisito de crime, funciona como condição de imposição da pena.

2.2.4. Punibilidade

É uma conseqüência jurídica do crime e não seu elemento constitutivo.

Nada mais é que a aplicabilidade da função.

Se a punibilidade fosse requisito do crime, extinta, resultaria a insubsistência do próprio crime, o que não ocorre.

2.3. Requisitos Elementares e Circunstâncias do Crime

Os requisitos do crime são o fato típico e a antijuridicidade. Faltando um destes, não há figura delituosa.

Pode-se falar em:

- *Requisitos genéricos*: são o fato típico e a antijuridicidade;
- *Requisitos específicos*: são os elementos, i.e., as várias formas em que os requisitos genéricos se manifestam nas diversas figuras delituosas.

2.4. Circunstâncias

São determinados dados que, agregados à figura típica fundamental, têm a função de aumentar ou diminuir a pena. Vem do latim *circum stare*, que significa estar ao redor.

A falta de uma circunstância não faz com que desapareça o crime.

P.: Qual a diferença entre elementar e circunstância?

R.: É preciso estabelecer qual a conseqüência da "retirada" do elemento do contexto do fato.

Quando se trata de distinguir o crime de um comportamento lícito ou de outro delito, é elementar; ao contrário, quando agrava ou atenua a sua gravidade objetiva, aumentando ou atenuando a pena, presente está uma circunstância.

Ausência de uma elementar pode produzir dois efeitos:

- *Atipicidade absoluta*: ocorre quando, excluída a elementar, o sujeito não responde por infração alguma;
- *Atipicidade relativa*: ocorre quando, excluída a elementar, não subsiste o crime do qual se cuida, havendo a desclassificação para outro delito.

Não se pode confundir elementar com circunstância. Aquela interfere na qualidade do crime, esta na quantidade da sanção.

2.5. Crime e lícito Civil

Não há diferença substancial entre eles. O ilícito penal é sancionado com pena, enquanto o civil produz sanções civis (indenização etc.).

2.6. Crime e Ilícito Administrativo

Não existe diferença essencial. É a espécie de sanção que permite diferenciação (entre ambos).

2.7. O Crime na Teoria Geral do Direito

O crime é um fato. Dentre os fatos, crime constitui um fato jurídico, pois produz efeitos jurídicos, não sendo, assim, indiferente ao Direito. Como elemento jurídico, crime é uma ação (ou omissão) humana de efeitos jurídicos involuntários. Nesta categoria, corresponde ao ilícito penal.

2.8. Do Sujeito Ativo do Crime

Sujeito ativo é quem pratica o fato descrito na norma penal incriminadora.

Todo homem possui capacidade para delinqüir.

A lei usa de algumas terminologias para se referir ao sujeito ativo, dependendo da fase processual.

O Direito Material usa a expressão “agente”.

No inquérito policial é “indiciado”.

Durante o processo é “réu”, “acusado” ou “denunciado”.

Na sentença condenatória é “sentenciado”, “preso”, “condenado”, “recluso” ou “detento”.

Sob o ponto de vista biopsíquico é “criminoso” ou “delinqüente”.

3. DA CAPACIDADE PENAL

3.1. Conceito

É o conjunto das condições exigidas para que o sujeito possa tornar-se titular de direitos ou obrigações no campo de direito penal.

Difere da imputabilidade por se referir ao momento anterior ao crime, enquanto a imputabilidade constitui momento contemporâneo ao delito.

3.2. Da Capacidade Penal das Pessoas Jurídicas

Há algumas teorias que tentam explicar esse assunto. Duas prevalecem:

- *Teoria da ficção*: a pessoa jurídica não tem consciência e vontade própria. É uma ficção legal. Assim, não tem capacidade penal e não pode cometer crime, sendo responsáveis os seus dirigentes;
- *Teoria da realidade (teoria organicista)*: vê na pessoa jurídica um ser geral, tendo vontade própria. Assim, pode ela delinqüir.

Com a CF de 1988, inovou-se no sentido de reconhecer a admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica. (arts. 173, § 5.º e 225, § 3.º). A lei ambiental também assim o faz (arts. 3.º e 21 a 24).

3.3. Da Capacidade Especial do Sujeito Ativo

Há crimes que podem ser cometidos por qualquer pessoa. Outros, porém, exigem determinada posição jurídica ou de fato do agente para sua configuração (ex.: funcionário público).

Estes últimos recebem denominação de crimes próprios.

O fenômeno da capacidade especial do sujeito ativo se reveste de relevante interesse na questão do concurso de agentes. Assim, embora sejam próprios os crimes de infanticídio e peculato, respondem por eles não somente a mãe ou o funcionário público, mas também o estranho que dele por ventura participe.

Diferentes são os crimes de mão-própria, que são aqueles que somente podem ser praticados pelo autor em pessoa. Ex.: crime de falso testemunho.

A diferença entre os *crimes próprios* e os *crimes de mão-própria* reside no fato de que os primeiros podem ser cometidos por pessoas a mando do autor, enquanto nos segundos ninguém os comete por intermédio de outrem. Há, todavia, quem pense diferente. Prevalece a posição defendida por Damásio Evangelista de Jesus.

3.4. Da Capacidade Penal em Face das Normas Permissivas

Em determinados casos de exclusão da pena ou do crime, a lei penal exige capacidade especial do agente. Ex.: aborto só será legal se praticado por médico.

3.5. Do Sujeito Passivo do Crime

3.5.1. Conceito

Sujeito passivo é o titular do interesse, cuja ofensa constitui a essência do crime.

Para que seja encontrado, é preciso indagar qual o interesse tutelado pela lei penal incriminadora.

3.5.2. Espécies

- *Sujeito passivo geral, constante ou formal*: é o titular do mandamento proibitivo não observado pelo sujeito ativo – é o Estado).

- *Sujeito passivo eventual, particular, acidental ou material*: é aquele que sofre a lesão do bem jurídico, do qual é titular –é o homem, o Estado, a pessoa jurídica e a coletividade.

Os crimes em que os sujeitos passivos são coletividades destituídas de personalidade jurídica, como a família, o público ou a sociedade, são denominados *vagos*.

3.5.3. Posições do Estado

O Estado pode figurar nas seguintes posições:

- sujeito passivo formal;
- sujeito passivo material;
- sujeito passivo único;
- sujeito passivo junto a outro sujeito passivo.

3.6. A questão do Incapaz, da Pessoa Jurídica, da Morte, dos Animais e Coisas Inanimadas

Todo homem vivo pode ser sujeito passivo material de crime, quaisquer sejam suas condições.

Dessa forma, é inegável que o incapaz possa ser sujeito passivo do delito, tais como no infanticídio, homicídio, abandono intelectual etc. Em resumo, o incapaz pode ser sujeito passivo do delito porque é titular de direito, como a vida, a integridade física etc.

Quanto à pessoa jurídica, esta pode ser sujeito passivo do delito, desde que a descrição típica não pressuponha uma pessoa física. Assim, pode ser vítima de furto, dano etc.

Dúvida surge quanto à possibilidade da pessoa jurídica ser sujeito passivo dos crimes contra a honra. Damásio de Jesus entende que a pessoa jurídica não pode ser vítima de calúnia quanto aos crimes comuns, podendo ser sujeito passivo da calúnia quando lhe imputarem a pratica de um crime ambiental. Ainda, como não possui honra subjetiva, não pode ser vítima de injúria, podendo ser sujeito passivo da difamação por possuir honra objetiva (reputação, boa fama etc.).

No caso de injúria, pode ocorrer ofensa à honra subjetiva das pessoas que dirigem a empresa.

O morto não pode ser sujeito passivo de delito, pois não é titular de direito, podendo ser objeto material do delito.

O art. 138, § 2.º, do CP dispõe ser punível a calúnia contra os mortos, pois a memória dos mortos reflete na pessoa de seus parentes, que são os sujeitos passivos.

O homem pode ser sujeito passivo mesmo antes de nascer, pois o feto tem direito à vida.

Os animais e coisas inanimadas não podem ser sujeitos passivos de delito, podendo ser objetos materiais. Neste caso, os sujeitos passivos serão seus proprietários, em certos casos a coletividade (art. 64 da LCP).

P.: A pessoa pode ser ao mesmo tempo sujeito ativo e passivo do delito, em face de sua própria conduta?

R.: Não. O homem não pode cometer crime contra si mesmo. As condutas ofensivas contra a própria pessoa, quando definidas como crimes, ofendem interesses jurídicos de outros.

Aspecto interessante oferece o crime de rixa, em que os rixosos são, a um tempo, sujeitos passivos e ativos. Não se trata de exceção à regra, pois ele é sujeito ativo em relação a sua própria conduta e sujeito passivo em relação a participação dos outros.

A contravenção no art. 62 do CP (embriaguez) que dispõe: “Apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia.” O sujeito passivo é o Estado, pois ela se encontra no capítulo das infrações relativas à Polícia de Costumes.

No auto-aborto, a gestante é o sujeito ativo; o feto, o passivo. Ela não é sujeito passivo porque não se pune a autolesão.

3.7. Sujeito Passivo e Prejudicado pelo Crime

Geralmente, confundem-se na mesma pessoa, mas não necessariamente, como no crime de moeda falsa em que o sujeito passivo é o Estado e o prejudicado é a pessoa a quem se entregou a moeda.

Prejudicado é qualquer pessoa a quem o crime haja causado um prejuízo material ou moral.

3.8. Do Objeto do Delito

É aquilo contra ao que se dirige a conduta humana que constitui o delito.

Pode ser:

- *Objeto jurídico*: é o bem ou interesse tutelado pela norma penal;
- *Objeto material*: é a pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta do sujeito ativo.

Às vezes, o sujeito passivo se confunde com o objeto material.

A ausência ou a impropriedade absoluta do objeto material faz surgir a figura do crime impossível ou quase-crime (objeto material imprópria).

Pode haver crime sem objeto material, como no caso do falso testemunho e do ato obsceno.

3.9. Do Título do Delito (*nomen juris*)

É denominação jurídica do crime, que pressupõe todos os seus elementos. Pode ser:

- *Genérico*: quando a incriminação se refere a um gênero de fato, o qual recebe título particular. Ex.: crime contra a vida

- *Específico*: o art. 30, *in fine*, do CP, que trata da comunicabilidade das elementares de natureza subjetiva, só se aplica ao título do crime, não incidindo sobre os tipos privilegiados e qualificados.

MÓDULO III

DIREITO PENAL

DIREITO PENAL

1. ELEMENTOS DO FATO TÍPICO

1.1. Conduta

Conduta é toda a ação ou omissão humana, consciente e voluntária, voltada a uma finalidade.

A omissão é uma abstenção de movimento, é um não fazer. A ação é um comportamento positivo, é um fazer. A conduta é, portanto, uma exteriorização de um pensamento por meio de uma ação ou uma omissão.

Podem existir condutas ou fatos que se compõem de um único ato, havendo uma coincidência entre ato e fato (unisubsistentes). Em contrapartida, existem fatos ou condutas compostas de diversos atos (plurisubsistentes).

Somente a pessoa pode praticar fato típico, visto que este pressupõe vontade e somente os seres humanos possuem vontade. Quanto à pessoa jurídica, embora haja divergência, grande parte da doutrina sustenta que não poderá praticar o fato típico por não possuir vontade. Hoje, no entanto, em relação aos crimes ambientais e crimes contra a ordem financeira, a pessoa jurídica pode praticar fato típico, sendo possível ser responsabilizada criminalmente.

Não haverá conduta sem vontade. Existem algumas conseqüências:

- o caso fortuito ou força maior eliminam a vontade, inexistindo a conduta e, por conseqüência, o fato típico;

- os reflexos não são fato típico, visto não haver vontade;
- a conduta praticada mediante coação moral, ainda que seja irresistível, não exclui a vontade;
- a conduta praticada mediante coação física elimina a vontade.

1.1.1. Conduta omissiva

Existem duas teorias a respeito da omissão:

- *teoria naturalista da omissão*: a omissão é um fazer, é perceptível no mundo natural como algo que muda o estado das coisas, ou seja, a omissão dá causa ao resultado;
- *teoria normativa da omissão*: quem se omite não faz nada e o nada não causa coisa alguma, não tem relevância causal. Excepcionalmente, porém, embora não tendo produzido o resultado, o omitente responderá por ele quando a norma lhe impuser o dever jurídico de agir.

São três as hipóteses de dever jurídico de agir:

- *dever legal*: ocorre quando o agente tiver por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância (ex.: os pais têm o dever legal de cuidar dos filhos; caso aconteça algo com os filhos, os pais responderão por isso);
- *dever do garantidor*: hipótese do agente que, por lei, não tem nenhuma obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, no entanto

assume essa obrigação por meio de um contrato (ex.: uma babá contratada para tomar conta de uma criança responderá pelo resultado caso aconteça algo com a criança). O garantidor também pode advir da liberalidade, ou seja, alguém que assume livremente a obrigação, independentemente de contrato;

- *ingerência dentro da norma*: agente que, com seu comportamento anterior, criou o risco para a produção do resultado.

No Direito Penal brasileiro, quando estiver presente qualquer uma dessas hipóteses, o omitente responderá pelo resultado. Não havendo nenhuma dessas hipóteses, o agente responderá apenas pela omissão de socorro.

1.1.2. Espécies de crimes omissivos

Existem duas espécies de crimes omissivos:

- *crime omissivo próprio ou puro*: quando não há dever jurídico de agir. Nesse caso, o omitente responderá por sua própria conduta e não pelo resultado;
- *crime omissivo impróprio, espúrio, promíscuo ou comissivo por omissão*: é uma verdadeira ação que se pratica por meio da omissão, ou seja, quando estiver presente o dever jurídico de agir, a omissão se equipara a uma ação.

1.2. Resultado

Para grande parte da doutrina, não há diferença entre resultado e evento, entretanto se entende que evento é qualquer acontecimento (ex.: um cachorro latindo) e resultado é a conseqüência de uma conduta humana.

1.2.1. Resultado jurídico

É a conseqüência jurídica do crime. Todo crime fere o bem jurídico, suscitando conseqüências nessa ordem, portanto todo crime produz um resultado jurídico.

1.2.2. Resultado Naturalístico

É a modificação que o crime provoca no mundo natural, no mundo concreto (ex.: antes do furto, a vítima tinha posse do seu patrimônio). É possível que um crime exista sem um resultado naturalístico. Existe uma classificação que divide os crimes em três espécies, de acordo com a existência ou não do resultado naturalístico:

- *crimes materiais*: são crimes que somente se consumam com a produção do resultado naturalístico, ou seja, o resultado naturalístico integra o próprio tipo penal, sendo imprescindível para a consumação do crime (ex.: homicídio, furto, seqüestro etc.);

- *crimes formais*: são crimes em que a ocorrência do resultado naturalístico, apesar de admitida, não é relevante, pois se consumam antes desta (ex.: extorsão mediante seqüestro: o resultado naturalístico visado é a diminuição do patrimônio da vítima, a obtenção de vantagem econômica; no entanto, o crime se consuma no momento em que se seqüestra a vítima, independentemente do recebimento ou não do dinheiro);

- *crimes de mera conduta*: o resultado naturalístico é impossível, ou seja, não existe (ex.: crime de desobediência).

1.3. Nexo Causal

É o elo de ligação que se estabelece entre a conduta e o resultado naturalístico. O nexo causal é uma relação ditada pelas leis da causa e do efeito. Dizer que existe nexo causal é dizer que, por meio das leis da física, a conduta provocou o resultado.

1.3.1. Teoria da equivalência dos antecedentes

O Código Penal adotou a teoria da *conditio sine qua non*. Essa teoria prega que toda e qualquer causa que tenha contribuído, ainda que minimamente, para o resultado ingressa na cadeia causal. Não se pode, portanto, desconsiderar como causa nenhum fato, ainda que seja ínfimo para a eclosão do resultado.

A teoria da *conditio sine qua non* não leva a nenhum absurdo punitivo. Estabelece-se um nexo físico, havendo uma relação de causalidade. É necessário, também, fixar o nexo normativo, ou seja, deve haver dolo ou culpa.

O critério da eliminação hipotética pode ser chamado como o critério do "finja que não ocorreu", ou seja, se o desaparecimento da causa fizer com que desapareça o resultado, significa que a causa não provocou o resultado.

1.3.2. Teoria da imputação objetiva

Essa teoria é adotada por alguns doutrinadores. Segundo ela, não basta a relação causal para que se estabeleça o nexo causal, devendo haver um ingrediente normativo. Para a existência do nexo causal, é necessário que o

agente crie uma condição de risco excepcional. Não basta a pessoa contribuir casualmente para o resultado, deverá haver um risco anormal.

1.3.3. Concausa

É uma causa que concorre paralelamente à conduta, contribuindo para a produção do resultado. A reforma penal de 1984 abandonou totalmente o conceito de concausa. Se foi adotada a teoria da *conditio sine qua non*, não há por que fazer diferenciação entre causa e concausa, tendo em vista que tudo o que acontecer para a produção do resultado será considerado causa.

1.3.4. Espécies de causa

São duas as espécies de causa:

- *causa dependente*: é aquela que se encontra dentro da linha de desdobramento normal da conduta. É aquela que será uma decorrência lógica da conduta, encadeamento causal previsível e esperado. As causas dependentes jamais rompem o nexo causal (ex.: o agente atira na vítima, ocorre a perfuração do tórax, o rompimento de artérias, a hemorragia interna, a morte);

- *causa independente*: é aquela que se encontra fora da linha de desdobramento causal da conduta. É uma conseqüência imprevisível, inesperada, da conduta. Por essa razão, a causa independente, por si só, poderá produzir o resultado. A causa independente se destaca da conduta, ou seja, não se sabia que, ao praticar a conduta, haveria a causa.

Existem duas espécies de causas independentes:

- *causa absolutamente independente*: além de produzir sozinha o resultado, tem uma origem completamente diversa da conduta, ou seja, ocorreria ainda que a conduta nunca tivesse sido praticada (ex.: o agente planeja a morte da vítima; quando esta está passando, antes de o agente atirar, a vítima sofre um ataque cardíaco e vem a falecer. Independentemente da conduta, o resultado aconteceria);
- *causa relativamente independente*: produz por si só o resultado, contudo se origina da conduta, ou seja, a causa apareceu por conta da conduta e após, inesperadamente, produziu o resultado.

As causas independentes podem atuar antes, depois ou durante a conduta. Quando a causa ocorre antes da conduta, chama-se “preexistente”. Quando ocorre ao mesmo tempo que a conduta, chama-se “concomitante”. Quando ocorre após a conduta, chama-se “superveniente”.

2. TIPICIDADE

O tipo é o modelo descritivo da conduta contido na lei. O tipo legal é composto de elementares e circunstâncias.

2.1. Elementar

Vem de elemento, que é todo componente essencial do tipo sem o qual este desaparece ou se transforma em outra figura típica.

Justamente por serem essenciais, os elementos estão sempre no *caput* do tipo incriminador, por isso o *caput* é chamado de tipo fundamental. Existem, no entanto, algumas figuras típicas descritas em parágrafos; essas figuras, chamadas de figuras equiparadas, são as únicas exceções.

2.2. Circunstância

É aquilo que não integra a essência, ou seja, se for retirado, o tipo não deixa de existir. As circunstâncias estão dispostas em parágrafos (ex.: qualificadoras, privilégios etc.), não servindo para compor a essência do crime, mas sim para influir na pena.

O crime será mais ou menos grave em decorrência da circunstância, entretanto será sempre o mesmo crime (ex.: furto durante o sono noturno; o sono é circunstância, tendo em vista que, se não houver, ainda assim existirá o furto).

2.3. Espécies de Elemento

São três as espécies de elemento:

- *elementos objetivos ou descritivos*: são aqueles cujo significado depende de mera observação. Para saber o que quer dizer um elemento objetivo, o sujeito não precisa fazer interpretação. Todos os verbos do tipo constituem elementos objetivos (ex.: matar, falsificar

etc.). São aqueles que independem de juízo de valor, existem concretamente no mundo (ex.: mulher, coisa móvel, filho etc.). Se um tipo penal possui somente elementos objetivos, ele oferece segurança máxima ao cidadão, visto que, qualquer que seja o aplicador da lei, a interpretação será a mesma. São chamados de tipo normal, pois é normal o tipo penal que ofereça segurança máxima;

- *elementos subjetivos*: compõem-se da finalidade especial do agente exigida pelo tipo penal. Determinados tipos não se satisfazem com a mera vontade de realizar o verbo. Existirá elemento de ordem subjetiva sempre que houver no tipo as expressões "com a finalidade de", "para o fim de" etc. (ex.: rapto com fim libidinoso etc.). O elemento subjetivo será sempre essa finalidade especial que a lei exige. Não confundir o elemento subjetivo do tipo com o elemento subjetivo do injusto, que é a consciência do caráter inadequado do fato, a consciência da ilicitude;

- *elementos normativos*: é exatamente o oposto do elemento objetivo. É aquele que depende de interpretação para se extrair o significado, ou seja, é necessário um juízo de valor sobre o elemento. São elementos que trazem possibilidade de interpretações equívocas, divergentes, oferecendo um certo grau de insegurança. São chamados de tipos anormais porque possuem grau de incerteza, insegurança.

Existem duas espécies de elementos normativos:

- *elemento normativo jurídico*: é aquele que depende de interpretação jurídica (ex.: funcionário público, documento etc.);

- *elemento normativo extrajurídico ou moral*: é aquele que depende de interpretação não jurídica (ex.: mulher "honesta").

DIREITO PENAL

1. TIPO PENAL

1.1. Conceito e Importância do Tipo

O tipo legal é um dos postulados básicos do princípio da reserva legal. A CF consagra expressamente que *"não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"* (art. 5.º, inc. XXXIX), deixando à lei a tarefa de definir, descrever, os crimes.

Importante destacar a teoria do tipo, concebida no ano de 1907, por Ernest Beling, segundo a qual o tipo legal realiza e garante o princípio da reserva legal. Consiste na descrição abstrata da conduta humana feita, pormenorizadamente, pela lei penal e correspondente a um fato criminoso – também chamado de tipo incriminador. O tipo é, então, um molde criado pela lei, em que está descrito o crime com todos os seus elementos, sendo que alguém cometerá um delito se realizar uma conduta idêntica à constante no modelo legal.

O conceito de tipo é expresso pelo Professor Fernando Capez como *"o modelo descritivo das condutas humanas criminosas, criado pela lei penal, com a função de garantia do direito de liberdade"*.

1.2. Da Adequação Típica e suas Formas

Adequação típica é o enquadramento do fato ocorrido concretamente ao tipo legal. Trata-se de conceito idêntico ao de tipicidade.

Alguns doutrinadores, porém, diferenciam, considerando a tipicidade mera correspondência formal entre o fato humano e o que está descrito no tipo, enquanto a adequação típica implica um exame mais aprofundado do que a simples correspondência objetiva, investiga-se se houve vontade, para só então efetuar o enquadramento.

- *Adequação típica de subordinação imediata:* é o ajuste integral, perfeito entre a conduta e o tipo legal, sem que para a sua subsunção se exija o concurso de qualquer outra norma.

- *Adequação típica de subordinação mediata ampliada ou por extensão:* o fato não se enquadra imediatamente na norma penal incriminadora, exige para isto o concurso de outra disposição, p. ex., tentativa (art. 14, inc. II, CP) e concurso de agentes (art. 29) – há necessidade de se combinar a norma contida na Parte Geral com o dispositivo da Parte Especial para que ocorra a exata modelagem da conduta à norma.

As normas que ampliam o tipo penal funcionam como um elo, evitando que o fato fique sem enquadramento típico – são também chamadas de norma de extensão ou ampliação da figura típica.

No caso da tentativa, a extensão ocorre no tempo, pois o modelo descritivo alcança o fato momentos antes de sua consumação – a conduta só deveria subsumir-se no tipo penal com a consumação, mas a norma que trata da tentativa faz com que retroceda no tempo e alcance o fato antes de sua realização completa. É norma de extensão ou ampliação *temporal* da figura típica.

No caso da participação, também não ocorre correspondência entre o fato e o tipo, pois o partícipe é aquele que não pratica o núcleo descrito na norma, decorrendo daí a impossibilidade de adequação direta. O art. 29, do CP liga a conduta do partícipe ao modelo legal. A extensão opera-se de uma pessoa (autor principal) para outra (partícipe), denominando-se norma de extensão ou ampliação *espacial* da figura típica.

1.3. Elementos do Tipo

- *Núcleo:* designado por um verbo, p. ex., matar, subtrair, constranger, expor etc.
- *Sujeito ativo, em alguns casos:* mãe, funcionário público etc.
- *Sujeito passivo:* alguém, recém-nascido etc.
- *Objeto material:* coisa alheia móvel, documento etc. No homicídio, confunde-se com o próprio sujeito passivo ("alguém" é objeto material e sujeito passivo).
- *Referências ao lugar, tempo, ocasião, modo de execução, meios empregados e, em alguns casos, ao fim especial visado pelo agente:* durante o repouso noturno, com emprego de veneno, para obter vantagem ilícita etc.

2. DOLO

2.1. Conceito

Existem três teorias que falam sobre o conceito de dolo:

- *teoria da vontade*: dolo é a consciência e a vontade de praticar a conduta e atingir o resultado. É quando o agente quer o resultado;
- *teoria do assentimento ou da aceitação*: dolo é a vontade de praticar a conduta com a aceitação dos riscos de produzir o resultado. O agente não quer, mas não se importa com o resultado;
- *teoria da representação ou da previsão*: dolo é a previsão do resultado. Para que haja dolo, basta o agente prever o resultado.

O Código Penal adotou as teorias da vontade e do assentimento: “Dolo é a consciência da vontade ou a aceitação do risco de produzir o resultado” (art. 18, I, do CP).

2.2. Espécies de Dolo

2.2.1. Dolo natural

Para os finalistas, dolo é simplesmente “querer”; é a vontade, não importando a consciência da ilicitude. É uma manifestação psicológica, não havendo juízo de valor.

2.2.2. Dolo normativo

É aquele formado pela consciência da ilicitude do ato. Para os clássicos, o dolo depende de um juízo de valor. Integra a culpabilidade e tem como elementos a vontade e a consciência da ilicitude (componente normativo).

2.2.3. Dolo genérico

É a vontade de realizar o verbo do tipo sem qualquer finalidade especial.

2.2.4. Dolo específico

É a vontade de realizar o verbo do tipo com uma finalidade especial. Sempre que o tipo tiver um elemento subjetivo, haverá a necessidade do dolo específico.

2.2.5. Dolo de perigo

É a vontade de expor o bem a uma situação de perigo de dano. O perigo pode ser concreto ou abstrato. Quando o perigo for concreto, é necessária a efetiva comprovação de que o bem jurídico ficou exposto a uma real situação de perigo (ex.: crime do art. 132 do CP). O perigo abstrato, também conhecido como presumido, é aquele em que basta a prática da conduta para que a lei presuma o perigo (ex.: art. 10 da Lei de Arma de Fogo). Os Professores Damásio de Jesus e Luiz Flávio Gomes sustentam que os crimes de perigo abstrato não existem mais na ordem jurídica.

2.2.6. Dolo de dano

Existe quando a vontade é de produzir uma efetiva lesão ao bem jurídico. Quase todos os crimes são de dolo de dano (ex.: furto, crimes contra a honra etc.).

2.2.7. Dolo direto

Existe quando o agente quer produzir o resultado, é o dolo da teoria do resultado.

2.2.8. Dolo indireto

É aquele que existe quando o agente não quer produzir diretamente o resultado. Subdivide-se em:

- *eventual*: quando o agente não quer produzir o resultado, mas aceita o risco de produzi-lo;
- *alternativo*: quando o agente quer produzir um ou outro resultado.

2.2.9. Dolo geral ou erro sucessivo

Conhecido como erro sobre o nexo causal ou *aberratio causae*; ocorre quando o agente, na suposição de já ter consumado o crime, reinicia a sua atividade criminosa, e só então atinge a consumação (ex.: "A" quer matar "B" por envenenamento; após o envenenamento, supondo que "B" já estava morto, "A" joga o que imagina ser um suposto cadáver no rio e "B" acaba morrendo

por afogamento; nesse caso, o erro é irrelevante, o que vale é a intenção do agente, que responderá por homicídio doloso por envenenamento).

3. CULPA

3.1. Tipo Aberto

O tipo culposo é um tipo aberto, visto que, em regra, não há descrição da conduta, o legislador apenas a menciona, sem descrevê-la. Isso ocorre em razão de serem infinitas as situações e, caso o legislador enumerasse as condutas culposas, poderia o bem jurídico ficar sem proteção. Compara-se a conduta do agente, no caso concreto, com a conduta de uma pessoa de prudência mediana. Se a conduta do agente se afastar dessa prudência, haverá a culpa. Será feita uma valoração para verificar a existência da culpa.

3.2. Excepcionalidade da Culpa

Só há culpa quando há previsão expressa na lei, ou seja, se a lei se omitir, presume-se que não se poderá punir a título de culpa (art. 18, par. ún., do CP).

3.3. Compensação de Culpas

Não existe compensação de culpas. O fato de a vítima ter agido também com culpa não impede que o agente responda pela sua conduta culposa.

Somente nos casos em que existir culpa exclusiva da vítima haverá exclusão da culpa do agente.

3.4. Graus de Culpa

Na pena abstrata, não há diferença. Na dosagem da pena, na primeira fase de sua fixação, é levado em conta o grau da culpa. São três: grave, leve e levíssima.

3.5. Participação no Crime Culposo

Parte da doutrina sustenta a impossibilidade de participação no crime culposo, visto que a participação é uma conduta acessória e no crime culposo não há descrição da conduta, portanto não se pode distinguir a conduta principal da conduta acessória. Existe, então, a co-autoria, visto que todas as condutas serão principais.

A outra parte da doutrina sustenta que existe a participação. Quando o agente pratica o verbo do crime será a conduta principal.

Majoritariamente, a 1.ª posição é sustentada, visto que a culpa é um tipo aberto, não possuindo, por esse motivo, conduta principal distinta de secundária.

3.6. Espécies de Culpa

3.6.1. Culpa inconsciente ou sem previsão

É aquela em que o agente não prevê o resultado previsível.

3.6.2. Culpa consciente ou com previsão

Quando o agente prevê o resultado, que era previsível. Não se pode confundir a culpa consciente com o dolo eventual. Tanto na culpa consciente quanto no dolo eventual o agente prevê o resultado, entretanto na culpa consciente o agente não aceita o resultado, e no dolo eventual o agente aceita o resultado.

3.6.3. Culpa indireta ou mediata

Ocorre quando o agente produz um resultado e em virtude deste produz um segundo resultado (ex.: o assaltante aponta uma arma a um motorista que está parado no sinal; o motorista, assustado, foge do carro e acaba sendo atropelado).

3.6.4. Culpa imprópria

Também chamada de culpa por extensão, por assimilação, por equiparação ou discriminante putativa por erro de tipo inescusável. Será estudada em erro de tipo.

3.7. Elementos do Fato Típico Culposo

São elementos do fato típico culposo:

- conduta voluntária;
- resultado naturalístico involuntário;
- nexo causal;
- tipicidade;
- previsibilidade objetiva: é a possibilidade de qualquer pessoa ter previsto o resultado; o que se leva em conta é se o resultado era ou não previsível para uma pessoa de prudência mediana, e não a capacidade do agente de prever o resultado;
- ausência de previsão: não prever o previsível. Só haverá na culpa inconsciente, visto que na culpa consciente há previsão;
- quebra do dever objetivo de cuidado: é o dever de cuidar imposto a todos. Existem três maneiras de violar o dever objetivo de cuidar. São as três modalidades de culpa.

3.8. Modalidades de Culpa

3.8.1. Imprudência

Prática de um fato criminoso. É a culpa de quem age (ex.: passar no farol fechado). Ocorre durante a ação.

3.8.2. Negligência

É a culpa de quem se omite. É a falta de cuidado antes de começar a agir. Ocorre sempre antes da ação (ex.: não verificar os freios do automóvel antes de colocá-lo em movimento).

3.8.3. Imperícia

É a falta de habilidade no exercício de uma profissão ou atividade. No caso de exercício de profissão, se, além de haver a falta de habilidade, não for observada uma regra técnica específica da profissão, haverá a imperícia qualificada. Difere-se a imperícia do erro médico visto que este não decorre somente da imperícia, podendo decorrer também de imprudência ou negligência.

4. PRETERDOLO

Antecedente	**Conseqüente**	
DOLO	**DOLO**	O agente pratica o crime com dolo e depois acrescenta ao crime um resultado também doloso (ex.: latrocínio – há dolo na prática do roubo e dolo na morte da vítima).

CULPA	**DOLO**	O agente pratica o crime com culpa e depois acrescenta ao crime um resultado doloso (ex.: o agente atropela a vítima culposamente e, após, foge, omitindo-se de socorrer a vítima).

DOLO	**CULPA**	O agente pratica o crime com dolo e depois acrescenta ao crime um resultado culposo (ex.: o agente desfere um soco na vítima, que cai, batendo a cabeça e vindo a falecer).

Crime qualificado pelo resultado é aquele em que o legislador, após definir um crime completo e acabado, com todos os seus elementos (fato antecedente), acrescenta-lhe um resultado (fato conseqüente). Esse resultado não é necessário para a consumação, visto que já houve a consumação no fato antecedente; ele tem por função agravar a sanção penal.

O crime preterdoloso é uma espécie do gênero crime qualificado pelo resultado. Ocorre quando há dolo no fato antecedente e culpa no fato conseqüente. Não cabe tentativa no crime preterdoloso, tendo em vista que o resultado é produzido por culpa e não se pode haver tentativa daquilo que não se quer produzir.

5. ERRO DE TIPO

O erro de tipo é aquele que incide sobre um dado da realidade, descrito em um tipo penal como:

- elementar de um tipo incriminador;
- circunstância de um tipo incriminador;
- elementar de um tipo permissivo;
- dado irrelevante da figura típica.

O erro de tipo pode ser de duas espécies:

- *essencial*: é um erro tão importante que impede o agente de saber que está cometendo um crime ou de conhecer a circunstância desse crime;
- *acidental*: é um erro irrelevante que não impede o agente de saber que pratica um crime.

5.1. Erro Sobre Elementar de Tipo Incriminador

O sujeito se equivoca com uma situação de fato. Nesse caso, o erro de tipo sempre exclui o dolo e, se inevitável, também exclui a culpa, tornando o fato atípico. Caso o erro seja evitável, haverá a forma culposa. Por exemplo, um sujeito pega uma caneta, idêntica à sua, que, entretanto, era de outra pessoa. Há um equívoco sobre a realidade impedindo que o sujeito tenha consciência de que está praticando um crime (furto).

5.2. Erro Sobre Circunstância

O sujeito se equivoca com uma circunstância. Por exemplo, furta um relógio pensando ser de ouro; quando chega ao receptador, percebe que o

relógio não tinha valor. Nesse caso, o sujeito responde por furto simples, não tenho sua pena diminuída visto que furtou o relógio pensando que este tinha valor.

5.3. Erro Sobre Elementar de Tipo Permissivo

É um erro sobre descriminante. O erro de tipo, nesse caso, é uma descriminante putativa ou imaginária. É causa da exclusão da ilicitude imaginada por erro. Sempre que um erro incidir sobre a realidade, haverá erro sobre elementar de tipo permissivo. Por exemplo, um sujeito percebe seu inimigo mexendo no bolso e acredita que ele tem uma arma; o sujeito mata o inimigo, que somente portava um lenço (erro de apreciação dos fatos da realidade).

5.4. Conseqüências do Erro de Tipo

O erro de tipo sempre exclui o dolo. Se o erro for inevitável, a culpa também será excluída. Se o erro é evitável, o agente responde por crime culposo. Quando o crime não admite a forma culposa, o erro de tipo, excluindo o dolo, torna o fato atípico, não havendo necessidade de se indagar se o erro era inevitável ou não.

5.5. Erro de Tipo Acidental

É aquele que incide sobre dados irrelevantes da figura típica, portanto não traz nenhuma conseqüência para o fato típico. São modalidades de erro de tipo acidental:

a) Erro sobre o objeto ou coisa

Por exemplo: o sujeito quer furtar um saco de feijão e, por engano, furta um saco de arroz. O crime continua sendo de furto, não havendo conseqüências.

b) Erro sobre a pessoa

Por exemplo: o sujeito deseja matar “A” e, por uma confusão mental, acaba matando “B” (olhou “B” achando que era “A”). O crime continua sendo de homicídio. O sujeito responderá pelo crime como se a vítima efetiva “B” fosse a vítima virtual “A”, ou seja, responderá pelo crime como se tivesse matado “A”.

c) Erro na execução do crime (*aberratio ictus*)

Neste caso, o agente, em virtude de um erro na execução do crime, atinge pessoa diversa da pretendida. Não há erro na representação mental e sim na execução do crime (ex.: o agente quer matar “A”, mira nele, entretanto erra o tiro, acertando “B”). Existem duas espécies de *aberratio ictus*:

- *aberratio ictus* com resultado único ou com unidade simples: somente o terceiro é atingido (terceiro inocente ou vítima efetiva). Nesse caso, o agente responderá pelo crime como se tivesse matado a vítima virtual;

- *aberratio ictus* com resultado duplo ou com unidade complexa: nesse caso, o agente atinge o alvo querido, mas também o não querido, ou seja, são atingidos a vítima pretendida e o terceiro inocente. Aplica-se

a regra do concurso formal perfeito. O agente responderá, quanto à vítima pretendida, por homicídio doloso e, quanto ao terceiro, por homicídio culposo.

d) Erro na execução com resultado diverso do pretendido (aberratio delicti)

Nesse caso, varia o bem jurídico pretendido, ou seja, o sujeito quer atingir um bem jurídico e atinge outro. Há duas espécies de *aberratio delicti*:

- *aberratio delicti* com unidade simples (resultado único): só é produzido o crime diverso. O agente somente responde pelo crime diverso a título de culpa.
- *aberratio delicti* com unidade complexa (resultado duplo): atinge o bem pretendido e o bem diverso. O agente responde por concurso formal (dolo no pretendido e culpa no diverso).

e) Dolo geral ou erro sucessivo ou erro sobre o nexo causal (*aberratio causae*)

Ocorre quando o agente, na suposição de já ter consumado o crime, pratica o que imagina ser mero exaurimento e nesse instante atinge a consumação (vide exemplo do item 2.2.9.).

MÓDULO V

DIREITO PENAL

DIREITO PENAL

1. CRIME CONSUMADO

Iter criminis é o itinerário do crime. A doutrina mais tradicional aponta quatro fases diferentes no caminho do crime:

- *cogitação:* nesta fase, o agente somente está pensando, pretendendo a prática do crime. Não existe fato típico;
- *preparação*: é a prática de todos os atos antecedentes necessários ao início da execução. Não existe fato típico;
- *execução:* começa a agressão ao bem jurídico. Nesse momento, passa a existir o fato típico;
- *consumação:* quando todos os elementos do fato típico são realizados.

A execução do crime começa com a prática do primeiro ato idôneo e inequívoco à consumação. Ato idôneo é o capaz de produzir o resultado e ato inequívoco é o que, fora de qualquer dúvida, induz ao resultado. A execução está ligada ao verbo de cada tipo. Quando o agente começa a praticar o verbo do tipo, inicia-se a execução.

2. TENTATIVA

É a não consumação de um crime, cuja execução foi iniciada por circunstâncias alheias à vontade do agente.

2.1. Aplicação da Pena

A tentativa é punida com a mesma pena do crime consumado, reduzida de $^{1}/_{3}$ a $^{2}/_{3}$. O critério para essa redução é a proximidade do momento consumativo, ou seja, quanto mais próximo chegar da consumação, maior será a pena.

2.2. Espécies de Tentativa

2.2.1. Tentativa imperfeita ou inacabada

Ocorre quando a execução do crime é interrompida por circunstâncias alheias à vontade do agente.

2.2.2. Tentativa perfeita ou acabada

Mais conhecida como "crime falho". Ocorre quando a execução do crime se encerra, o agente executa o crime até o final, mas o resultado não se produz por circunstâncias alheias à sua vontade.

2.2.3. Tentativa branca

*C*lassificação para os crimes contra a pessoa, ocorre quando a vítima não é atingida.

2.2.4. Tentativa cruenta

Classificação para os crimes contra a pessoa, ocorre quando a vítima é atingida.

2.3. Infrações que Não Admitem Tentativa

2.3.1. Crimes culposos e crimes preterdolosos

Se o sujeito não quer o resultado, não há que se falar em tentativa.

2.3.2. Crimes omissivos próprios

No caso, omite-se ou não, não havendo que se falar em tentativa.

2.3.3. Contravenção penal

Conforme texto expresso da Lei de Contravenções Penais.

2.3.4. Delitos de atentado

São os crimes em que a lei pune a tentativa como se fosse consumado delito.

2.3.5. Crimes habituais

Isso porque tais crimes exigem, para configuração do resultado, o cometimento de conduta típica anterior; logo, com a realização da segunda conduta, já se caracteriza o delito.

2.4. Tentativa Abandonada ou Qualificada

Ocorre quando, iniciada a execução, o resultado não se produz por interferência da vontade do próprio agente. Comporta duas espécies:

2.4.1. Desistência voluntária

O agente desiste de prosseguir na execução, ou seja, ele mesmo, voluntariamente, interrompe a execução. Não há que se falar em desistência voluntária em crime unissubsistente, visto que este é composto de um único ato.

2.4.2. Arrependimento eficaz

O agente executa o crime até o último ato, esgotando-os, e logo após se arrepende, impedindo o resultado. Ocorre somente nos crimes materiais que se

consumam com o resultado naturalístico.

A desistência ou arrependimento não precisam ser espontâneos, devendo ser voluntários, ou seja, desde que sejam voluntários, poderão ser provocados por terceiros e terão plena validade. A tentativa abandonada exclui a aplicação da pena por tentativa, ou seja, o agente responderá somente pelos atos até então praticados.

2.5. Tentativa Inidônea ou Inadequada

Também chamada de “quase crime” ou “crime impossível”, ocorre quando a consumação é, desde o início, impossível, portanto, o fato é atípico. A impossibilidade da consumação pode derivar de ineficácia absoluta do meio ou impropriedade absoluta do objeto.

A conseqüência do crime impossível é o fato ser atípico. A teoria utilizada no crime impossível é a Teoria Objetiva Temperada, ou seja, o agente não responde porque o bem jurídico não ficou exposto a perigo.

2.5.1. Ineficácia absoluta do meio

O meio empregado jamais poderá levar à consumação do crime. A ineficácia do meio deve ser absoluta, não podendo ser relativa (ex.: arma totalmente inapta a produzir disparos utilizada num homicídio). Deve-se lembrar, entretanto, que essa ineficácia pode ser considerada para um crime e para outro não (ex.: num crime de roubo, uma arma totalmente inapta a produzir disparos pode ser utilizada para intimidar a vítima).

2.5.2 Impropriedade absoluta do objeto

A pessoa ou a coisa sobre a qual recai a conduta jamais poderia ser alvo do crime (ex.: matar alguém que já está morto).

3. ARREPENDIMENTO POSTERIOR

Ocorre após a consumação do crime. É uma causa obrigatória de redução de pena. O crime já está consumado e o agente responderá pelo crime consumado com uma diminuição de pena de $^1/_3$ a $^2/_3$.

3.1. Requisitos

- Só cabe em crime cometido sem violência ou grave ameaça contra a pessoa. Visa o legislador dar oportunidade ao agente, que pratica crime contra o patrimônio sem violência ou grave ameaça, de reparar o dano ou restituir a coisa. É cabível no homicídio culposo, visto que a violência de que a lei fala é a violência dolosa.
- Reparação do dano ou restituição da coisa (deve ser integral).
- Por ato voluntário do agente. Não há necessidade de ser ato espontâneo, podendo haver influência de terceira pessoa.
- O arrependimento posterior só pode ocorrer até o recebimento da denúncia ou queixa. Após o recebimento da denúncia ou queixa, a reparação do dano será somente atenuante genérica.

3.2. Critérios para Aplicação da Redução da Pena

São dois os critérios para se aplicar a redução da pena: espontaneidade e celeridade. O arrependimento posterior não precisa ser espontâneo, mas se for, a pena será diminuída. Também, quanto mais rápido se reparar o dano, maior será a diminuição.

3.3. Casos em que o Sujeito Repara o Dano mas não Ocorre a Diminuição da Pena

- *Cheque sem fundos*: pagando-se o cheque, extingue-se a punibilidade.
- *Crime contra a ordem tributária*: pagando-se a dívida, extingue-se a punibilidade.
- *Peculato culposo*: até o trânsito em julgado da sentença, havendo reparação do dano, extingue-se a punibilidade.
- *Crime de ação penal pública condicionada à representação na Lei n. 9.099/95*: reparando-se o dano, extingue-se a punibilidade.

4. CONCURSO DE AGENTES

É gênero ao qual pertencem duas espécies: co-autoria e participação. Há três teorias:

- *Teoria Restritiva*: autor é somente aquele que realiza o núcleo da ação típica, ou seja, é aquele que pratica o verbo do tipo. Haverá co-autoria quando dois ou mais agentes, em conjunto, realizarem o verbo do

tipo. Partícipe é aquele que, sem realizar o núcleo da ação típica, concorre de qualquer forma para a consecução do crime.

- *Teoria Extensiva*: não existe distinção entre co-autor e partícipe; todos são chamados de co-autores, realizem o verbo ou concorram para a consecução do crime. Essa teoria era adotada pela antiga Parte Geral do CP, entretanto, hoje, ela não é mais adotada.

- *Teoria do Domínio do Fato*: consideram-se autores de um crime todos os agentes que, mesmo sem praticar o verbo, concorram para a produção final do resultado, tendo o domínio completo de todas as ações até o momento consumativo. O que importa não é se o agente pratica ou não o verbo, mas sim se ele detém o controle dos fatos até a consumação do crime.

4.1. Teorias Quanto à Responsabilização do Co-autor e do Partícipe

4.1.1. Teoria unitária ou monista

Todos co-autores e partícipes respondem por um único crime. É a teoria que foi adotada como regra pelo CP brasileiro (art. 29, *caput*).

4.1.2. Teoria dualista

Os co-autores respondem por um crime e os partícipes por outro. Não foi adotada pelo sistema jurídico brasileiro.

4.1.3. Teoria pluralística

Para esta teoria, os co-autores respondem por um crime e os partícipes respondem cada qual por um crime diferente. Foi a teoria adotada como exceção pelo CP brasileiro (art. 29, § 2.º).

4.2. Requisitos para o Concurso de Agentes

- *Pluralidade de agentes (ou de condutas).*
- *Relevância causal de todas as condutas*: todas as condutas devem ter concorrido para a produção do resultado.
- *Liame subjetivo*: não basta que hajam várias condutas que concorram para o resultado, é necessário que todos os agentes que contribuíram para o resultado estejam acordados entre si. É pressuposto básico do concurso de agentes que haja uma cooperação recíproca entre eles.
- *Identidade de infração para todos os agentes*.

4.3. Formas de Participação

4.3.1. Participação moral ou psicológica

É aquela que ocorre por meio de um impulso psicológico. Subdivide-se em *induzimento* (fazer nascer a idéia no autor) e *instigação* (reforçar uma idéia já existente).

4.3.2. Participação material

É aquela que ocorre por meio de atos materiais.

4.4. Autoria Mediata

Ocorre quando o autor se serve de uma pessoa sem condições de avaliar o que está fazendo para, em seu lugar, praticar o crime. O autor utiliza uma pessoa como se fosse uma arma, um instrumento para praticar o crime (p. ex.: um louco ou uma criança). A pessoa é um simples instrumento da atuação do autor mediato.

Na autoria mediata, o executor pode estar nas seguintes condições:

- doença mental;
- desenvolvimento incompleto;
- indução em erro essencial;
- coação moral irresistível;
- obediência hierárquica.

Não há concurso de agentes, visto que somente o autor mediato praticou o crime. Para fins de aplicação de pena, a jurisprudência entende, no entanto, que devem ser aplicadas as qualificadoras do concurso de agentes.

4.5. Autoria Colateral

Ocorre quando duas ou mais pessoas realizam simultaneamente a mesma conduta sem que exista entre elas liame subjetivo. Cada um dos autores responde por seu resultado, visto não haver, nesse caso, co-autoria.

4.6. Autoria Incerta

Ocorre quando, na autoria colateral, não se sabe quem produziu o resultado. A conseqüência, na autoria incerta, é a responsabilização de todos os autores por tentativa, visto que não se sabe qual dos autores provocou o resultado (princípio *in dubio pro reo*).

4.7. Autoria Ignorada ou Desconhecida

Ocorre quando não se sabe quem foi o autor do crime.

4.8. Participação por Omissão

Ocorre quando o sujeito, que tem o dever jurídico de impedir o resultado, se omite. A omissão é uma forma de praticar o crime. A vontade do sujeito, que tem o dever jurídico de impedir o resultado, adere à vontade dos agentes do crime.

4.9. Conivência

Ocorre quando o sujeito, que não tem o dever jurídico de impedir o resultado, se omite.

DIREITO PENAL

Teoria Geral do Crime

1. ILICITUDE OU ANTIJURIDICIDADE

Todo fato típico, em princípio, também é ilícito. O fato típico cria uma presunção de ilicitude. É o caráter indiciário da ilicitude. Se não estiver presente nenhuma causa de exclusão da ilicitude, o fato também será ilícito, confirmando-se a presunção da ilicitude.

A ilicitude pode ser:

- contradição do fato com a norma (é igual ao conceito de antinormatividade). É o fato típico não acobertado pelas causas de exclusão da ilicitude;
- material: segundo o critério material, a antijuridicidade ocorre quando o fato contraria a norma e causa uma lesão ou um perigo concreto de lesão ao bem jurídico. É uma conduta que não somente está contrária à lei, mas também é injusta, contrariando o sentimento de justiça da sociedade. Para o Direito Penal, só é válido este conceito.

A antijuridicidade é sempre objetiva porque independe da culpabilidade do agente. Exemplo: menor pode praticar fato antijurídico, contudo não responde porque não tem culpabilidade.

Crime é um fato típico (já estudado) e antijurídico. A antijuridicidade é o

2.º requisito do crime.

A antijuridicidade é diferente de injusto penal. Aquela é qualidade da conduta, este é fato típico e antijurídico.

2. CAUSAS LEGAIS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE

São duas as classificações das causas de exclusão da ilicitude (exclusão da antijuridicidade, causas justiciantes ou descriminantes):

- *causas legais*: são as quatro previstas em lei (ex.: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito);
- *causas supralegais*: são aquelas não previstas em lei, mas que excluem a ilicitude (ex.: furar a orelha).

2.1. Estado de Necessidade

O estado de necessidade é uma causa de exclusão de ilicitude, encontra-se tipificado no art. 24 do CP. Consiste em uma conduta lesiva praticada para afastar uma situação de perigo. Não é qualquer situação de perigo que admite a conduta lesiva e não é qualquer conduta lesiva que pode ser praticada na situação de perigo. Existindo uma situação de perigo que ameace dois bens jurídicos, um deles terá que ser lesado para salvar o outro de maior valor.

2.1.1. Característica essencial

No estado de necessidade, há um conflito entre dois ou mais bens jurídicos diante de uma situação de perigo. É agressão justa. (ex.: naufrágio)

2.1.2. Teorias

Teoria unitária: o estado de necessidade sempre exclui a antijuridicidade. Essa teoria foi acolhida pelo CP.

Teoria diferenciada (Direito Penal alemão): para esta, é necessário fazer uma diferenciação: quando os bens jurídicos são desiguais, há exclusão da antijuridicidade, portanto, tem-se estado de necessidade justificante; quando os bens jurídicos são iguais, há exclusão apenas da culpabilidade, tem-se, neste caso, estado de necessidade exculpante.

2.1.3. Requisitos para a existência do estado de necessidade

- Perigo deve ser atual ou iminente, ou seja, deve estar acontecendo naquele momento ou prestes a acontecer. Quando, portanto, o perigo for remoto ou futuro, não há o estado de necessidade.
- Perigo deve ameaçar um direito próprio ou um direito alheio. Necessário se faz que o bem esteja protegido pelo ordenamento jurídico. No caso de situação de perigo a bem de terceiro, não há necessidade da autorização do terceiro.
- Perigo não pode ter sido criado voluntariamente. Quem dá causa a uma situação de perigo não pode invocar o estado de necessidade para afastá-la. Aquele que provocou o perigo com dolo não age com estado

de necessidade porque tem o dever jurídico de impedir o resultado. Mas, se o perigo foi provocado culposamente, o agente pode se valer do estado de necessidade.

- Quem possui o dever legal de enfrentar o perigo não pode invocar o estado de necessidade. A pessoa que possui o dever legal de enfrentar o perigo deve afastar a situação de perigo sem lesar qualquer outro bem jurídico.

- Inevitabilidade do comportamento lesivo, ou seja, somente deverá ser sacrificado outro bem se não houver outra maneira de afastar a situação de perigo.

- É necessário existir proporcionalidade entre a gravidade do perigo que ameaça o bem jurídico do agente ou alheio e a gravidade da lesão causada pelo fato necessitado, pois o CP brasileiro adotou a Teoria Unitária, qual seja, "o estado de necessidade é causa de exclusão da ilicitude". Utiliza-se a razoabilidade do sacrifício, ou seja, se o sacrifício for razoável, exclui-se a ilicitude e haverá estado de necessidade. Se houver desproporcionalidade, afasta-se o estado de necessidade, sendo que, no ordenamento brasileiro, o réu só terá direito a redução da pena de 1/3 a 2/3.

- Requisito subjetivo: os finalistas colocam mais um requisito do estado de necessidade: o conhecimento da situação justificante. Se não houver o conhecimento da situação, o agente não tem direito a invocar o estado de necessidade. Para os clássicos, esse conhecimento é irrelevante.

1.1.3. Espécies de estado de necessidade

- *Próprio* ou *de terceiro*: é próprio quando há o sacrifício de um bem jurídico para salvar outro que é do próprio agente. É de terceiro quando o sacrifício é para salvar bem jurídico de terceiro.

- *Real* ou *putativo:* é real quando se verificam todos os requisitos da situação de necessidade. É putativo quando não subsistem, de fato, todos os requisitos legais da situação de necessidade, mas o agente os julga presentes.

- *Defensivo* ou *agressivo*: é defensivo quando há o sacrifício de bem jurídico da própria pessoa que criou a situação de perigo. É agressivo quando há o sacrifício de bem jurídico de terceira pessoa inocente.

2.2. Legítima Defesa

2.2.1. Requisitos

- *Agressão*: é todo ataque praticado por pessoa humana. Se o ataque é comandado por animais irracionais, não é legítima defesa e sim estado de necessidade. A agressão pode ser ativa ou passiva:
  - *ativa*: quando o sujeito ataca injustificadamente;
  - *passiva*: quando o ato de agredir é uma omissão (ex.: carcereiro que, mesmo com alvará de soltura, não liberta o preso).

- *Injusta: no sentido de ilícita, ou seja, só cabe legítima defesa contra agressão não acobertada por causa de exclusão da ilicitude.*

Cabe legítima defesa real contra legítima defesa putativa.

Cabe legítima defesa putativa contra legítima defesa real (ex.: “A” é o agressor, “B” é a vítima. “A” começa a agredir “B” e este começa a se defender. “C” não sabe quem começou a briga e age em legítima defesa de A).

Cabe legítima defesa putativa contra legítima defesa putativa.

P.: Cabe legítima defesa real contra legítima defesa subjetiva (é o excesso plenamente justificável, ou seja, um excesso que não pode ser justificado nem por dolo nem por culpa)?

R.: Em tese, caberia, visto que, a partir da continuidade da agressão, a vítima torna-se agressora. Entretanto, no nosso sistema jurídico, não é aceita, visto que não se pode invocar a legítima defesa quem iniciou a agressão.

Cabe legítima defesa real contra agressão culposa.

Cabe legítima defesa real contra agressão de imputável.

- *Atual ou iminente:* atual é a agressão que está acontecendo e iminente é a que está prestes a acontecer. Não cabe legítima defesa contra agressão passada ou futura e também quando há promessa de agressão.

- *A direito próprio ou de terceiro:* é legítima defesa própria quando o sujeito está se defendendo e legítima defesa alheia quando o sujeito defende terceiro. Pode-se alegar legítima defesa alheia mesmo agredindo o próprio terceiro (ex.: em caso de suicídio, pode-se agredir o terceiro para salvá-lo).

- *Meio necessário:* é o meio menos lesivo colocado à disposição do agente no momento da agressão.

- *Moderação:* é o emprego do meio necessário dentro dos limites para conter a agressão. Somente quando ficar evidente a intenção de agredir e não a de se defender, caracterizar-se-á o excesso. Excesso é uma intensificação desnecessária, ou seja, quando se utiliza um meio que não é necessário ou quando se utiliza meio necessário sem moderação. Se o excesso for doloso, não caracteriza a legítima defesa. O excesso é culposo quando há intensificação por imprudência. Caso não se caracterize nem o dolo nem a culpa do excesso, caracteriza-se a legítima defesa subjetiva.

2.2.2. Espécies de legítima defesa

- *Legítima defesa putativa*: é a legítima defesa imaginária. É aquela erroneamente suposta.
- *Legítima defesa subjetiva*: é o excesso cometido por um erro plenamente justificável.
- *Legítima defesa sucessiva*: é a repulsa contra o excesso.

2.2.3. Ofendículos e defesa mecânica predisposta

Ofendículos são aparatos visíveis destinados à defesa da propriedade ou de qualquer outro bem jurídico. O que os caracteriza é a visibilidade, devendo ser detectados por qualquer pessoa (ex.: lança no portão da casa, caco de vidro no muro etc.). Existem duas posições sobre o que o uso de ofendículos deveria caracterizar:

- legítima defesa preordenada, visto que só atuará no momento em que ocorre a efetiva agressão;

- exercício regular do direito.

Defesa mecânica predisposta: é aparato destinado à defesa da propriedade ou de qualquer outro bem jurídico, no entanto estão ocultos. Somente excepcionalmente caracterizará exercício regular do direito. Em regra, o sujeito que se utiliza de defesa mecânica preordenada responde por crime.

2.3. Estrito Cumprimento do Dever Legal

É o dever emanado da lei ou de respectivo regulamento. O dever que se cumpre é um dever emanado a todos os agentes. Quando há ordem específica a um agente, não há o estrito cumprimento do dever legal.

O agente atua em cumprimento de um dever emanado de um poder genérico, abstrato e impessoal. Se houver abuso, não há a excludente, ou seja, o cumprimento deve ser estrito.

É possível haver estrito cumprimento do dever legal putativo, ou seja, o sujeito pensa que está em estrito cumprimento do dever legal, mas não está.

Necessário se faz ainda o requisito subjetivo, ou seja, a consciência de que se cumpre um dever legal.

2.4. Exercício Regular do Direito

O exercício de um direito jamais pode configurar um fato ilícito. Eventualmente, se, a pretexto de exercer um direito, houver intuito de

prejudicar terceiro, haverá crime. As provas apresentadas deverão evidenciar o intuito de prejudicar alguém.

2.4.1. Lesões esportivas

Pela doutrina tradicional, a violência desportiva é exercício regular do direito, desde que a violência seja praticada nos limites do esporte. Mesmo violências que acabam em alguma lesão, se isso for previsível para a prática do esporte, serão exercício regular do direito (ex.: numa luta de boxe, poderá haver, inclusive, a morte de um dos lutadores).

2.4.2. Intervenções cirúrgicas

Amputações, extração de órgão etc. constituem exercício regular da profissão do médico. Se a intervenção for realizada em caso de emergência por alguém que não é médico, será considerada estado de necessidade.

2.4.3. Consentimento do ofendido

O consentimento do ofendido exclui o fato típico, quando a discordância da vítima for elemento do tipo (ex.: em caso de furto, se houver o consentimento da vítima para que o agente leve o bem). Assim, o consentimento da vítima pode excluir a antijuridicidade, mas são necessários os seguintes requisitos:

- ser o bem jurídico disponível;
- que a vítima tenha 18 anos completos ou mais;

- ser o consentimento dado antes ou durante o fato;
- a consciência do agente de que houve consentimento.

Consentimento é causa supralegal de exclusão da antijuridicidade (porque não está em lei).

Quando a discordância não for elemento do tipo, entra como causa de exclusão da ilicitude.

Deverá haver a capacidade da vítima de dispor sobre o bem jurídico e a disponibilidade sobre o risco ao qual fica sujeito o bem jurídico, ou seja, o risco ao qual o bem jurídico fica sujeito deve ser aceito socialmente (ex.: o sujeito vai saltar de pára-quedas e assina um documento aceitando o risco).

MÓDULO VII

DIREITO PENAL

DIREITO PENAL

1. CULPABILIDADE

A culpabilidade não é elemento do crime, não integra o conceito de crime. Então, se há discussão sobre a culpabilidade, existe o fato típico, ou seja, o crime já ocorreu. Na culpabilidade não serão excluídos o dolo e a culpa, nem o fato típico. A culpabilidade, também chamada de juízo de reprovação, é *a possibilidade de se declarar culpado o autor de um fato típico e ilícito*, ou seja, é a responsabilização de alguém pela prática de uma infração penal.

O pressuposto para se analisar a culpabilidade é que já exista o crime, ou seja, a ausência de culpabilidade não exclui o crime, no entanto o agente da infração penal não responderá pelo crime que cometeu.

Atualmente, os requisitos para a culpabilidade são: a imputabilidade, a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

2. IMPUTABILIDADE

É a capacidade de compreender o caráter criminoso do fato e de orientar-se de acordo com esse entendimento. A imputabilidade possui dois elementos:

- intelectivo (capacidade de entender);
- volitivo (capacidade de querer).

Faltando um desses elementos, o sujeito não será imputável.

2.1. Requisitos

- *Causal:* a inimputabilidade deve ser causada por doença mental, desenvolvimento mental incompleto, desenvolvimento mental retardado, dependência química ou embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior. Somente essas causas podem tirar a capacidade de entender ou de querer.

- *Cronológico:* as causas que levam à inimputabilidade devem existir no tempo da infração penal.

- *Conseqüencial:* perda completa da capacidade de entender ou da capacidade de querer.

2.2. Sistema de Aferição da Inimputabilidade

- *Sistema Biológico:* para este sistema, basta a causa para que o sujeito seja declarado inimputável, não é necessário que o sujeito perca a capacidade de entender e querer em conseqüência dessa causa. Esse sistema foi adotado no sistema jurídico brasileiro como exceção nos casos de menores de 18 anos (art. 27 do CP).
- *Sistema Psicológico:* neste sistema, basta a existência da conseqüência. Não foi adotado pelo sistema jurídico brasileiro.
- *Sistema Biopsicológico:* neste sistema, é necessário que haja a causa ao tempo da infração penal e deve haver a perda completa da capacidade de entender ou querer. Foi o sistema adotado pelo sistema jurídico brasileiro (art. 26 do CP).

2.3. Embriaguez

É uma intoxicação aguda e transitória, provocada pelo álcool ou substância de efeitos análogos. A embriaguez subdivide-se em:

- *não-acidental:* é aquela que não decorre de acidente. Subdivide-se em:

– *voluntária ou dolosa*: o sujeito quer se embriagar;

– culposa: o sujeito quer ingerir a substância, mas não quer entrar em situação de embriaguez. Tanto uma quanto outra pode ser completa (perda total da capacidade de avaliação) ou incompleta (perda parcial da capacidade de avaliação). Qualquer embriaguez não-acidental não exclui a imputabilidade em razão da Teoria da *actio libera in causa* (ações livres na causa), ou seja, o sujeito tinha plena liberdade para decidir se deveria ou não ingerir a substância, portanto, se ele perdeu a capacidade de avaliação, responderá por todas as suas ações;

- *acidental*: é a que deriva de caso fortuito ou força maior. Pode ser completa ou incompleta. Nesse caso, o sujeito não tinha a intenção de ingerir a substância, portanto, não se pode aplicar a Teoria da actio libera in causa. A embriaguez completa, nesse caso, exclui a imputabilidade e a incompleta reduz a pena de 1/3 a 2/3;
- *preordenada:* o agente se embriaga para cometer o crime. A embriaguez preordenada, além de não excluir a imputabilidade, é considerada agravante genérica (art. 61, II, "i", do CP);
- *patológica*: é a embriaguez do alcoólatra, do dependente. O sujeito, nesse caso, é equiparado ao doente mental.

São três as fases da embriaguez:

- *fase da excitação*: a pessoa perde a autocensura. Nessa fase, costumam ocorrer muitos crimes de trânsito;
- *fase da depressão*: o sujeito começa a ficar agressivo e nervoso. Nessa fase, costumam ocorrer os crimes contra a vida;
- *fase do sono*: o sujeito entra num estado de dormência profunda, perdendo o controle de suas funções fisiológicas. Nessa fase, somente podem ser praticados crimes omissivos.

2.4. Emoção e Paixão

A emoção é um sentimento súbito, repentino, passageiro e intenso. A paixão é duradoura, perene. Nem a emoção nem a paixão excluem a imputabilidade. Somente a emoção pode funcionar como redutor de pena.

Quando o sujeito estiver sob mera influência da emoção, haverá circunstância atenuante genérica da pena. Quando o sujeito estiver sob o domínio completo da emoção, será causa de diminuição de pena (a pena poderá ser diminuída de $^{1}/_{6}$ a $^{1}/_{3}$) ou configuração de privilégio.

3. CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

A ninguém é dado descumprir a lei alegando que a desconhece. O desconhecimento da lei é inescusável. Essa é uma presunção que não admite prova em contrário. Na Lei das Contravenções Penais, há uma exceção: no art.

8.º da LCP, o erro de direito traz uma conseqüência penal, podendo o Juiz conceder o perdão judicial. A consciência da ilicitude não se confunde com o desconhecimento da lei.

Consciência da ilicitude é o conhecimento profano do injusto. É saber que o fato é antinormativo, ter a consciência de que se faz algo contrário ao sentimento de justiça da sociedade. A consciência da ilicitude não pode ser requisito da culpabilidade. O que se investiga é se o sujeito tinha ou não condições de saber que era errado, se ele tinha possibilidade de evitar o erro. O requisito da culpabilidade, então, é a potencial consciência da ilicitude.

Deve-se sair do aspecto subjetivo e passar a investigar aspectos objetivos no caso concreto para que se possa averiguar se o agente tinha condições de saber e se tinha condições de evitar o erro. A causa que exclui a potencialidade da consciência da ilicitude chama-se erro de proibição inevitável (que seria acreditar que o proibido é permitido). Se o erro é inevitável, o agente não tinha como saber que era ilícito. Assim, o erro de proibição inevitável exclui a culpa, sendo o sujeito absolvido.

Se o erro de proibição é evitável, está presente a potencial consciência da ilicitude, então, não há exclusão da culpabilidade. O agente será condenado, tendo somente uma redução de pena de $^1/_6$ a $^1/_3$. O erro de proibição jamais exclui o dolo, visto que este está no tipo, sendo excluída apenas a culpabilidade.

4. EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

É a expectativa social de que o agente tenha outro comportamento e não

aquele. Assenta-se na Teoria da Normalidade das Circunstâncias Concomitantes, que significa que somente se pode julgar alguém se essa pessoa agiu em circunstâncias normais, ou seja, somente se pode julgar alguém que agiu errado se essa pessoa agiu sob circunstâncias absolutamente normais.

4.1. Hipóteses em que Surge a Anormalidade

4.1.1. Coação moral irresistível

A coação moral irresistível é a grave ameaça contra a qual o homem normal não consegue resistir. Essa coação não elimina nem o fato típico nem o dolo, porém exclui a culpabilidade, visto que cria circunstâncias anormais ao redor do fato. Ocorre o que a doutrina chama de inexigibilidade de conduta diversa.

a) Coação física

É o emprego de força bruta. Essa coação física elimina a conduta, o fato é considerado atípico.

b) Coação moral resistível

A pessoa atua sob influência de uma grave ameaça contra a qual podia resistir. Essa coação não elimina nem o fato típico, nem a ilicitude, nem a culpabilidade. É apenas uma circunstância atenuante.

4.1.2. Obediência hierárquica

O sujeito atua em cumprimento de uma ordem específica. Essa ordem deve ser de um superior para um subordinado, deve haver um vínculo de natureza administrativa (relação de Direito Público), a ordem deve ser ilegal com aparente legalidade. Caso o sujeito cumpra uma ordem manifestamente ilegal, acreditando que seja legal, estará incluso no erro de proibição.

4.1.3. Causas supralegais de exclusão de culpabilidade

Atualmente, o STJ sustenta que, além da coação moral irresistível e da obediência hierárquica previstas em lei, qualquer circunstância que no caso concreto venha tornar inexigível a conduta diversa conduz à causa de exclusão de culpabilidade.

CURSO DO PROF. DAMÁSIO A DISTÂNCIA

MÓDULO VIII

DIREITO PENAL

DIREITO PENAL

1. DA SANÇÃO PENAL

1.1. Das Penas

1.1.1. Considerações gerais

A sanção penal subdivide-se em penas e medidas de segurança. Pena é uma espécie do gênero "sanção penal".

Pena *é a sanção penal imposta pelo Estado, mediante o devido processo legal, ao autor de um fato típico e ilícito que foi reconhecido culpado, tendo como finalidade puni-lo e ressocializá-lo, bem como prevenir a prática de novas infrações mediante a intimidação penal*.

A pena tem dupla finalidade:

- *prevenção especial*: consiste no tratamento ressocializante e na punição ao infrator;
- *prevenção geral*: desmotivar a prática de futuras infrações mediante a ameaça de coerção.

1.1.2. Características da pena

- *Legalidade*: a pena deve estar cominada em lei (princípio da reserva legal – art. 5.º, XXXIX, da CF/88).

- *Anterioridade*: a pena deve estar prevista em lei vigente ao tempo da infração penal (art. 5.º, XXXIX, da CF/88).
- *Irretroatividade*: a pena não pode alcançar fatos anteriores a ela (art. 5.º, XL, da CF/88).
- *Proporcionalidade*: a pena deve ser proporcional ao crime. A resposta penal do Estado deve ser proporcional à agressão.
- *Individualidade*: a pena deve ser individualizada segundo as características de cada autor.
- *Personalidade*: a pena não pode passar da pessoa do delinqüente (art. 5.º, XLV, da CF/88).
- *Humanidade*: estão proibidas as penas cruéis que tragam castigos físicos, que acarretem infâmia para o condenado ou trabalhos forçados.
- *Inderrogabilidade*: é a certeza da aplicação da pena.

1.1.3. Espécies de penas

- Privativas de Liberdade.
- Alternativas: que se subdividem em restritivas de direitos e multa.

2. DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

O Código Penal somente reconhece duas espécies de pena privativa de

liberdade: reclusão e detenção. A diferença entre elas está no regime penitenciário a que a pena está sujeita.

2.1. Reclusão

Pode começar a ser cumprida em três regimes distintos:

- *regime fechado*: estabelecimentos de segurança máxima e média; regime inicial quando a pena aplicada exceda a 8 anos;
- *regime semi-aberto*: é aquele em que a pena é cumprida em colônias penais agrícolas e industriais; regime inicial quando a pena aplicada for superior a 4 anos, mas não exceder a 8 anos;
- *regime aberto*: o sujeito trabalha durante o dia e, à noite e nos dias de folga, deve se recolher à casa do albergado ou à prisão ou estabelecimento congênere; regime inicial quando a pena aplicada for igual ou inferior a 4 anos.

2.2. Detenção

A pena de detenção jamais pode começar a ser cumprida no regime fechado. Essa é a grande diferença entre a pena de detenção e a pena de reclusão. Tem somente dois regimes iniciais:

- *regime semi-aberto*: quando a pena aplicada exceder a 4 anos;
- *regime aberto*: quando a pena aplicada for igual ou inferior a 4 anos.

2.3. Observações

No caso de pena de reclusão, se o condenado for reincidente, sua pena começa a ser cumprida obrigatoriamente em regime fechado; o critério quantitativo só vale para os primários.

No caso de pena de reclusão, se o condenado, embora primário, não preencher os requisitos do art. 59 do CP (bons antecedentes, boa conduta social etc.), começará, obrigatoriamente, em regime fechado.

No caso de pena de detenção, se o condenado for reincidente, ou não preencher os requisitos do art. 59 do CP, começará, obrigatoriamente, em regime semi-aberto.

3. PROGRESSÃO DE REGIME

O condenado tem direito a passar do regime inicial para um regime mais brando após o cumprimento de $^1/_6$ da pena, desde que o seu mérito autorize a progressão.

A jurisprudência não tem conhecido, em regra, a impetração de *habeas corpus* para se requerer a progressão de regimes, visto que ele não tem dilação probatória para se comprovar o mérito do condenado.

O tráfico ilícito de entorpecentes, o terrorismo e os crimes hediondos não autorizam a progressão de regime, devendo a pena ser cumprida integralmente no regime fechado. O crime de tortura admite a progressão de regime, uma vez que é dispositivo expresso na Lei de Tortura.

3.1. Progressão por Salto

Também chamada de progressão *per saltum*, é a passagem direta do regime fechado para o aberto. No Brasil, não é possível a progressão *per saltum*, visto que a Lei de Execução Penal exige para progressão de pena o cumprimento de $^1/_6$ da pena no regime anterior e o regime anterior ao aberto é o semi-aberto, não podendo haver passagem direta do regime fechado para o aberto.

Caso o condenado cumpra $^1/_6$ da pena no regime fechado, tenha mérito para a progressão, sendo esta autorizada pelo Juiz, e não haja vaga na colônia penal para a progressão da pena, ele deverá permanecer no regime fechado. Cumprido mais $^1/_6$ da pena, neste caso, o condenado poderá cumprir o restante da pena no regime aberto, não porque houve a progressão por salto, mas sim porque judicialmente ele já haveria cumprido o regime semi-aberto.

4. REGRESSÃO DE REGIME (Art. 118 da LEP)

É a volta de condenado para o regime mais rigoroso. É possível a regressão por salto, ou seja, pode o condenado que está cumprindo a pena em regime aberto regredir diretamente para o regime fechado. Na pena de detenção, existe a regressão para o regime fechado, havendo, então, a possibilidade de o condenado cumprir a pena em regime fechado (o que não pode ocorrer na pena de detenção é iniciar a pena em regime fechado).

5. PRISÃO ALBERGUE E DOMICILIAR

Existem algumas hipóteses, previstas no art. 117 da LEP, em que o condenado em regime aberto tem o direito de se recolher, à noite e nos dias de folga, à sua própria residência em vez da Casa do Albergado:

- condenado que tem mais de 70 anos;
- condenada gestante;
- condenada ou condenado com filho menor ou deficiente físico ou mental;
- condenado acometido de doença grave.

No caso de não haver vaga na Casa do Albergado, discute-se a possibilidade de se aplicar o art. 117 por analogia. Uma primeira posição entende que isso não é possível, visto que a LEP limitou as hipóteses relacionadas no art. 117, devendo o condenado se recolher em estabelecimento congênere.

A LEP fixou um prazo de 6 meses ao Poder Executivo para que fossem construídas todas as instalações necessárias para a sua aplicação. Passados vinte anos, nada foi feito; e, por esse motivo, o condenado não pode pagar pela inércia do Executivo, devendo-se buscar soluções alternativas. Essa é a posição que está prevalecendo no Supremo Tribunal Federal, mas não é a majoritária.

6. PENAS ALTERNATIVAS

Penas alternativas são alternativas penais à pena privativa de liberdade,

portanto, qualquer opção sancionatória que não leve à privação da liberdade é chamada de pena alternativa. Existem duas espécies de penas alternativas: penas alternativas restritivas de direitos e multa.

6.1. Penas Alternativas Restritivas de Direitos

As penas alternativas restritivas de direitos subdividem-se em:

- penas alternativas restritivas de direitos *stricto sensu*;
- penas alternativas restritivas de direitos pecuniárias.

Essa espécie de pena é aplicada em substituição à pena privativa de liberdade, logo, primeiro o Juiz aplica a pena privativa de liberdade na sentença condenatória, em seguida, se estiverem preenchidos os requisitos legais, substituirá essa pena por uma das penas alternativas restritivas de direito.

Os requisitos para essa substituição subdividem-se em:

- *Objetivos* (que dizem respeito ao fato e à pena):
  - que a pena aplicada seja igual ou inferior a 4 anos. Tratando-se de crime culposo, não existe limite de pena, ou seja, esse máximo de 4 anos somente vale para os crimes dolosos (no caso de concurso de crimes, o que interessa é o resultado final da somatória das penas);
  - crime cometido sem violência ou grave ameaça (não se aplica ao crime culposo, ou seja, crime culposo praticado com violência admite a substituição).

- *Subjetivos* (que dizem respeito ao agente):
  - não reincidência em crime doloso (se entre a extinção da pena pelo primeiro crime e a prática do novo delito decorreram mais de cinco anos, a reincidência caduca – período depurador – prescrição qüinqüenal da reincidência – § 1.º do art. 44 do CP);
  - se a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade e os motivos do crime aconselharem a substituição.

Se a pena for igual ou inferior a um ano, o Juiz poderá substituir por somente uma restritiva ou somente pela pena de multa.

6.1.1. Observações

- *Lesão corporal leve, ameaça, constrangimento ilegal e vias de fato*: são infrações de menor potencial ofensivo, admitindo transação penal, e admitem penas alternativas, antes mesmo de proposta a ação, por esse motivo podem ser aplicadas as penas alternativas restritivas de direitos.
- Tráfico ilícito de entorpecentes é incompatível com a aplicação das penas alternativas restritivas de direito, visto que a Lei dos Crimes Hediondos dispõe que a pena deverá ser cumprida integralmente em regime fechado.
- *Roubo em que a vítima é reduzida à impossibilidade de resistência*: "Há duas interpretações. A primeira, no sentido de ser incabível a pena substitutiva, sob o fundamento de que, no crime de roubo, as três formas de execução equivalem-se, não havendo motivação plausível para vedar o benefício apenas nas duas primeiras. Tanto é assim que DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS chama a terceira forma de

execução de violência imprópria. Teria, em verdade, havido mera omissão involuntária do legislador, uma vez que, em regra, os delitos mencionam apenas a violência ou grave ameaça. Ademais, a gravidade do roubo seria incompatível com o requisito subjetivo que aponta ser cabível o benefício tão-somente quando a medida se apresenta como suficiente para a repressão e prevenção do crime. A segunda admite a aplicação das penas restritivas, pois seria incabível o uso de analogia in malan partem para vedá-las em hipótese não abrangida pela lei."(Victor E. Rios Gonçalves) "Violência imprópria. Ocorre nas hipóteses em que o sujeito emprega outro meio de conteúdo idêntico à grave ameaça ou violência a pessoa, como embriaguez, narcótico, hipnotismo, lançamento de substância tóxica ou areia nos olhos da vítima etc.(...)Crime de roubo com violência imprópria (CP, art. 157). Admite, em tese, pena alternativa."(Damásio Evangelista de Jesus).

- *Estupro com violência presumida*: é incompatível com a aplicação das penas alternativas restritivas de direito, visto que a Lei dos Crimes Hediondos dispõe que a pena deverá ser cumprida integralmente em regime fechado.

- *Crime de dano*: pode ser aplicada a substituição, visto que a violência é aplicada contra a coisa e não contra a pessoa.

6.2. Das Penas Alternativas Restritivas de Direitos em Espécie

As penas restritivas de direitos subdividem-se em restritivas de direito em sentido estrito e restritivas de direito pecuniárias:

- *pena restritiva de direito em sentido estrito*: prestação de serviços à

comunidade, limitação de fim de semana, interdições temporárias de direitos (subdividem-se em quatro);

- *pena restritiva de direito pecuniária*: prestação pecuniária, prestação inominada, perda de bens e valores.

6.3. Conversão da Pena Alternativa em Pena Privativa de Liberdade

A única pena que não pode ser convertida é a de multa. Todas as outras penas alternativas podem ser convertidas em penas privativas de liberdade. As hipóteses de conversão são as seguintes:

- descumprimento da restrição imposta;
- se o sujeito sofre condenação, transitada em julgado, à pena privativa de liberdade, desde que isso torne impossível a manutenção da pena alternativa.

Convertida a pena, aproveita-se o tempo cumprido, por expressa disposição legal; se estiverem faltando menos de 30 dias quando se operar a conversão, o condenado deverá cumprir, no mínimo, 30 dias (saldo mínimo).

6.4. Penas Alternativas Restritivas de Direitos Pecuniárias

6.4.1. Prestação pecuniária

Consiste na obrigação do condenado de pagar a quantia de 1 até 360 salários mínimos para a vítima ou para os seus herdeiros, ou ainda para instituição com finalidade social. Quando o pagamento for para a vítima ou

para os herdeiros, esse valor será descontado da indenização pelo dano *ex delicto*. O valor é fixado de acordo com o que o Juiz entender necessário para a reprovação do delito, levando-se em conta dois parâmetros: 1.º – extensão do prejuízo; e 2.º – capacidade econômica do agente. Caso o condenado não pague a prestação pecuniária, essa pena é convertida em pena privativa de liberdade. Se o sujeito pagou parte da prestação pecuniária, essa parte será aproveitada na conversão.

6.4.2. Prestação inominada

O Juiz, em vez de fixar a prestação de um valor, poderá fixar a prestação de qualquer coisa (ex.: cesta básica).

6.4.3. Perda de bens e valores

É um confisco dos bens do condenado em favor do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN). O parâmetro para se calcular o confisco é o montante do prejuízo causado ou a extensão do lucro da vantagem obtida. A perda de bens e valores recai sobre o patrimônio lícito do agente e nunca sobre bens de origem ilícita.

- *Produto:* origem direta do crime. Readquirido por meio de busca e apreensão.
- *Proveito:* origem indireta do crime. Readquirido por meio de seqüestro.

6.4.4. Princípio da proporcionalidade da pena (art. 5.º, XLV, da CF/88)

A pena não pode passar da pessoa do delinqüente, ou seja, as penas pecuniárias não podem ser cobradas dos herdeiros. Há, entretanto, uma posição doutrinária que entende que, sendo essas penas de natureza reparatória, elas poderiam ser cobradas dos herdeiros, passando da pessoa do condenado (posição mais rigorosa).

6.5. Penas Restritivas de Direitos em Sentido Estrito

6.5.1. Prestação de serviços à comunidade

É a obrigação do condenado de prestar serviços em favor de entidades assistenciais, orfanatos, creches etc., ou em favor de entidade pública, por 8 horas semanais. Só poderá ser imposta quando a pena privativa aplicada for superior a 6 meses. Não há remuneração, as tarefas são gratuitas. Se o sujeito for condenado à pena superior a um ano, o Juiz poderá determinar que a prestação de serviços seja diminuída até a metade da pena aplicada (esse benefício não se aplica somente à pena de prestação de serviços, mas a qualquer pena restritiva de direitos).

6.5.2. Limitação de fim de semana

O condenado deverá comparecer à Casa do Albergado ou estabelecimento congênere e, durante 5 horas no sábado e 5 horas no domingo, deverá assistir a palestras. Não é utilizada, apesar de disposta em lei.

6.5.3. Interdições temporárias de direitos

- *Proibição do exercício de função pública ou de mandato eletivo*: é a chamada "pena específica"; somente pode ser aplicada nos crimes cometidos no exercício de função pública ou no mandato eletivo (violando deveres inerentes à função).

- *Proibição do exercício de profissão ou atividade que dependa de habilitação especial ou licença do Poder Público*: também é uma pena específica, só podendo ser aplicada aos crimes cometidos no exercício da profissão ou atividade, que violem deveres inerentes a ela.

- *Suspensão da habilitação para dirigir veículo*: aplicada nos crimes de trânsito. Alguns autores entendem que essa pena foi revogada pelo CTB.

- Proibição de freqüentar determinados lugares.

6.6. Pena de Multa

É uma das espécies de pena alternativa. É a única pena alternativa que não pode ser convertida em pura privativa de liberdade.

O Código não traz o valor da multa em moeda corrente, que por esse motivo deve ser calculado. São três etapas para se calcular o valor da multa:

- calcular o número de dias-multa;

- calcular o valor, em moeda corrente, de cada dia-multa;

- multiplicar o valor de cada dia-multa pelo número de dias-multa a que o sujeito foi condenado.

Esse critério foi criado em um período de grande inflação e os valores que eram fixados no Código acabaram ficando defasados. As leis especiais que previam multa com um sistema diferente do valor em moeda (em salário mínimo, unidade de valor etc.) não sofreram nenhuma alteração.

O número de dias-multa varia entre um mínimo de 10 e o máximo de 360 (art. 49 do CP). Três eram os critérios propostos para fixar o número de dias-multa:

- O Juiz fixava o número de dias-multa da mesma forma que fixava a pena privativa de liberdade (critério trifásico).
- O Juiz fixava o número de dias-multa levando em conta somente a 1.ª fase da fixação da pena privativa de liberdade (critério das circunstâncias judiciais).
- O Juiz fixava o número de dias-multa de acordo com a capacidade econômica do condenado. Hoje, ante a impossibilidade de conversão da multa em pena privativa de liberdade, não há mais restrições em se utilizar esse terceiro critério. Anteriormente, quando a multa poderia ser convertida em pena privativa de liberdade pela falta de pagamento, poderia haver injustiças, visto que um condenado que possuísse capacidade econômica inferior poderia vir a ficar mais tempo preso que um condenado que possuísse capacidade econômica superior.

O valor de cada dia-multa varia de $^{1}/_{30}$ até 5 salários mínimos, levando em conta a capacidade econômica do condenado. Se o valor de cada dia-multa, em função da capacidade econômica, tornar-se reduzido, pode ser multiplicado em até 3 vezes.

Para a fixação do valor de cada dia-multa, deve-se levar em conta o valor

do salário- mínimo vigente na data em que o fato é praticado (princípio da anterioridade da pena). Sobre esse valor incide atualização monetária. A correção monetária, de acordo com o entendimento do STJ, incide a partir da data do fato.

Em caso de superveniente doença mental, suspende-se a execução da multa.

6.6.1.Execução da multa

Para os fins de cobrança, a multa é considerada dívida tributária; sua natureza, no entanto, continua sendo a de pena e por esse motivo não pode passar da pessoa do condenado (art. 5.º, XLV, da CF/88). Transitada em julgado a condenação, o Ministério Público pede ao Juízo da execução penal a citação do condenado para o pagamento da multa dentro do prazo de 10 dias. Superado esse prazo sem o pagamento, é extraída uma certidão pormenorizada do ocorrido, remetendo-se esta para a Procuradoria Fiscal (cuja função, no âmbito comum, é exercida pela Procuradoria do Estado) para inscrição na dívida ativa. A execução se processa perante a Vara da Fazenda Pública. A prescrição passa a ser a da legislação tributária, ou seja, o prazo da execução fiscal, que é de 5 anos. As causas interruptivas e suspensivas da prescrição também são as da legislação tributária (art. 51 do CP).

1. COMUNICABILIDADE DE ELEMENTARES E CIRCUNSTÂNCIAS

O art. 30 do CP dispõe que não se comunicam as circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. Contém esse artigo três regras: duas relacionadas às circunstâncias e uma relacionada às elementares.

1.1. Elementares

"Elementar" vem de "elemento", que significa componente essencial, fundamental. Elementar é todo componente essencial da figura típica, sem o qual essa desaparece (atipicidade absoluta) ou se transforma em outra (atipicidade relativa). Por serem fundamentais, as elementares estão sempre no *caput* dos artigos, visto estar no *caput* a descrição do tipo penal. Algumas elementares estarão nos parágrafos, quando houver previsão de figuras equiparadas neles.

1.2. Circunstâncias

Circunstância é todo dado acessório, não fundamental para a existência do crime, que fica agregado à figura típica e tem por função tão-somente influenciar na pena. A circunstância não altera o crime, somente influi na maior ou menor gravidade do delito. Existem circunstâncias agravantes e atenuantes; elas se encontram na Parte Geral do CP. Há também circunstâncias judiciais que ficam a critério do juiz (art. 59 do CP).

Existem, ainda, causas de aumento ou diminuição de pena que também são circunstâncias. Quando a causa de diminuição está prevista no próprio tipo, passa a ser específica daquele crime, sendo chamada de privilégio.

Ainda, há as qualificadoras, que serão circunstâncias do crime, visto que somente influenciam na pena, não modificando o tipo penal. A qualificadora eleva os limites da pena. Uma segunda corrente entende que as qualificadoras são circunstâncias elementares que receberiam o mesmo tratamento das elementares. Essa segunda corrente é a que ainda está prevalecendo.

1.3. Regras do Art. 30 do CP

- As circunstâncias de caráter pessoal (circunstâncias subjetivas) não se comunicam no concurso de agentes. As circunstâncias subjetivas são aquelas que dizem respeito ao agente (ex.: antecedentes, personalidade, motivo do crime, parentesco, reincidência etc.).
- Comunicam-se as circunstâncias de caráter objetivo, que são aquelas que dizem respeito ao crime (ex.: emprego de arma, meio cruel, repouso noturno, modos de execução, meios empregados, idade da vítima etc.).
- As elementares sempre se comunicam, não importando se são de caráter pessoal ou não.

Questão: a qualificadora da promessa de recompensa no homicídio comunica-se ao mandante?

Resposta: para a corrente que entende que a qualificadora é uma circunstância, sendo, nesse caso, uma qualificadora de caráter subjetivo, não se comunica. Para a corrente que entende que a qualificadora é circunstância elementar, aplicando-se, então, a regra das elementares, comunica-se.

2. DA APLICAÇÃO DA PENA

De acordo com o art. 59 do CP, para a aplicação da pena, leva-se em conta:

- *a intensidade do dolo*: o grau de culpa interessa na dosagem da pena. A premeditação pode representar uma intensidade de dolo maior;
- *os antecedentes criminais*: são os registros criminais que podem representar inquéritos ou processos. Entende-se que processos em andamento e absolvições por insuficiência de prova configuram maus antecedentes. Há, entretanto, um segundo entendimento de que somente condenações definitivas podem ser consideradas como maus antecedentes.

Há, ainda, outras circunstâncias judiciais que influenciam na dosagem da pena:

- personalidade do agente (perfil psicológico);
- conduta social;

- comportamento da vítima (pode atenuar ou agravar);
- conseqüências do crime (ex.: exaurimento).

3. DAS CIRCUNSTÂNCIAS

As circunstâncias legais podem ser genéricas (quando previstas na Parte Geral do CP) ou específicas (quando previstas na Parte Especial do CP ,ou em Leis Especiais).

3.1. Genéricas

3.1.1. Agravantes

Previstas nos arts. 61 e 62 do CP. No art. 61, existem dois incisos; no inc. I encontra-se a agravante da reincidência (a reincidência se aplica tanto nos crimes dolosos quanto nos culposos); no inc. II encontram-se várias outras agravantes (ex.: crime contra mulher grávida, crime contra cônjuge etc.). Todas as agravantes relacionadas no inc. II somente se aplicam aos crimes dolosos. No art. 62, encontram-se as agravantes que somente se aplicam ao autor do crime em concurso de agentes.

3.1.2. Atenuantes

Previstas no art. 65 do CP (ex.: ser o condenando menor de 21 anos na

data do fato, confissão espontânea, coação moral resistível etc.). Além do art. 65, o art. 66 dispõe que o juiz poderá levar em conta qualquer outra atenuante que não foi prevista em lei (circunstâncias atenuantes inominadas).

3.1.3. Causas de aumento e diminuição

A lei dispõe de quanto será o aumento, portanto, sempre que houver aumento em proporção expressamente disposta, será causa de aumento. Da mesma forma, sempre que houver diminuição em proporção expressamente disposta, será causa de diminuição (ex.: tentativa é causa de diminuição genérica).

3.2. Específicas

3.2.1. Causa de aumento e diminuição

Como exemplos de causas de aumento específicas podemos citar o art. 9.º da Lei dos Crimes Hediondos, o emprego de arma no crime, o concurso de agentes. Violenta emoção e pequeno valor da *res furtiva* são causas de diminuição específicas. Quando a causa de diminuição está prevista na Parte Especial do CP, somente será aplicada no crime do qual a causa é parágrafo, por esse motivo a causa é chamada de privilégio.

3.2.2. Qualificadoras

Não se confundem com causas de aumento. Qualificadora é aquela circunstância que eleva os limites mínimo e máximo da pena.

4. DA APLICAÇÃO DA PENA

Aplicação da pena é a aplicação dessas circunstâncias em uma determinada ordem. O critério utilizado pelo CP é o critério trifásico (proposto por Nelson Hungria). Possui três fases de aplicação da pena. Em primeiro lugar, devem-se identificar os limites da pena. Para isso deve-se saber se o crime é simples ou qualificado. Portanto, em primeiro lugar devem-se observar as qualificadoras. Identificadas as qualificadoras, passa-se às fases da aplicação da pena:

- *1.ª fase (art. 59 do CP)*: verifica-se, em primeiro lugar, se há circunstâncias judiciais; o grau de culpabilidade influi na dosagem da pena. A culpabilidade é medida pela intensidade do dolo (crime doloso), grau de culpa, antecedentes criminais etc. Nessa primeira fase, a lei não diz quanto o juiz aumenta ou diminui (fica a critério do julgador). Em hipótese alguma a pena poderá ficar abaixo do mínimo e acima do máximo.

- *2.ª fase*: levam-se em conta as agravantes e as atenuantes genéricas. Também nessa fase a pena jamais poderá ficar abaixo do mínimo. São aplicáveis as circunstâncias agravantes e atenuantes da parte geral. As agravantes estão prescritas nos arts. 61 e 62 do CP. Além das

agravantes, temos as atenuantes genéricas previstas nos arts. 65 e 66 do CP. Valem as mesmas observações feitas na *1.ª fase*. Circunstâncias atenuantes inominadas (art. 66 do CP): se não estiver presente nenhuma das atenuantes do art. 65 do CP, mas mesmo assim o juiz entender que há algo que devia levar em conta, pode fazê-lo.

- *3.ª fase*: observam-se as causas de aumento e de diminuição.

MÓDULO X

DIREITO PENAL

1. CONCURSO DE CRIMES

1.1. Conceito

O concurso de crimes ocorre quando o mesmo agente realiza dois ou mais crimes. Há uma pluralidade de crimes. Existem dois sistemas para a aplicação da sanção penal nas hipóteses de concurso de crimes: sistema do cúmulo material e sistema da exasperação da pena.

1.1.1. Sistema do cúmulo material

Consiste na simples soma das penas, ou seja, se o agente praticar cinco crimes, por exemplo, ser-lhe-ão aplicadas cinco penas.

1.1.2. Sistema da exasperação da pena

Aplica-se a pena de um só dos crimes, aumentando-a de um determinado *quantum*.

1.2. Formas

Existem três formas de concurso de crimes: concurso material, concurso formal e crime continuado.

1.2.1. Concurso material ou real

Ocorre quando são praticadas duas ou mais infrações penais, idênticas ou não, mediante a prática de duas ou mais condutas, ou seja, várias condutas, vários crimes; cada conduta corresponde a um crime diferente. Pode ser:

- *homogêneo*: quando as condutas são idênticas, ou seja, da mesma espécie;
- *heterogêneo*: quando as infrações são diversas, ou seja, quando se trata de crimes de espécies diferentes.

Nos casos de concurso material, será aplicado o sistema do cúmulo material, e as penas serão somadas.

1.2.2. Concurso formal ou ideal

Ocorre quando o agente, mediante uma única conduta, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não. Pode ser:

- *Homogêneo*: quando os crimes praticados são da mesma espécie.
- *Heterogêneo*: quando os crimes são de espécies diferentes.
- *Próprio ou perfeito*: quando os resultados derivam de um único desígnio (ex.: o sujeito pega uma arma para matar uma pessoa; atira na pessoa e acerta um terceiro; tinha um só desígnio: atingir a vítima, mas acabou atingindo uma terceira pessoa).
- *Impróprio ou imperfeito*: quando os resultados derivam de desígnios autônomos. Pode ocorrer tanto o dolo direto quanto o dolo eventual

(aceitar o risco de produzir os resultados). Há, entretanto, uma corrente doutrinária que entende que somente haverá concurso formal impróprio com dolo direto.

Nos casos de concurso formal, aplica-se o sistema da exasperação da pena, ou seja, aplica-se a pena de um dos delitos (o mais grave quando for heterogêneo), aumentando-se de $^1/_6$ até $^1/_2$. O aumento varia de acordo com o número de resultados.

Concurso material benéfico ocorre quando a pena, resultante da aplicação da regra do concurso formal, ficar maior do que a soma das penas. Nesse caso, aplica-se a regra do concurso material no lugar da regra do concurso formal, já que essa foi criada para beneficiar e não para prejudicar.

1.2.3. Crime continuado

Ocorre quando o agente, mediante duas ou mais condutas, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, os quais, pelas semelhantes condições de tempo, lugar e modo de execução, podem ser havidos uns como continuação dos outros. As características do crime continuado são:

- *Crimes da mesma espécie*: são os crimes previstos no mesmo tipo penal, pouco importando se na forma tentada ou consumada, simples ou qualificados.
- *Semelhantes condições*: devem ser praticados em condições semelhantes de tempo (tem-se entendido que o tempo de 30 dias entre os crimes dá ensejo à continuidade delitiva), lugar (entre cidades próximas, pode-se falar em crime continuado) e modo de execução (o

modo de execução deve ser idêntico). Devem estar preenchidas todas as características.

Quanto ao elemento subjetivo do crime continuado, há duas teorias:

- *Teoria puramente objetiva*: a vontade do sujeito é irrelevante, ou seja, não há necessidade de o agente ter vontade de aproveitar-se das mesmas circunstâncias deixadas pelo crime anterior.
- *Teoria objetivo-subjetiva*: além das circunstâncias objetivas semelhantes, há necessidade da presença de um elemento subjetivo, ou seja, da vontade de o agente aproveitar-se das mesmas circunstâncias deixadas pelo crime anterior.

O Ministério Público segue a linha da Teoria objetivo-subjetiva, sustentando que não se pode confundir crime continuado com habitualidade no crime ou intensa vontade de delinqüir.

Para o crime continuado, segue-se o sistema da exasperação da pena, ou seja, aplica-se a pena de um dos crimes, aumentando-se de $^{1}/_{6}$ a $^{2}/_{3}$. O aumento varia de acordo com o número de crimes.

Crime continuado específico: ocorre nos crimes dolosos cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa. A pena, nesse caso, é aumentada até o triplo.

A regra do concurso material benéfico também é aplicada aos casos de crime continuado, seja comum ou específico.

2. MEDIDAS DE SEGURANÇA

2.1. Conceito

É uma sanção penal que tem finalidade exclusivamente preventiva e é aplicada no intuito de submeter a tratamento o autor de um fato típico e ilícito que demonstrou ser portador de periculosidade.

2.2. Pressupostos

2.2.1. Prática da infração penal

- Se não ficar comprovada a autoria, não há como aplicar a medida de segurança.
- Se não há prova da materialidade, também não há como aplicar a medida de segurança.
- Se o agente praticou o fato acobertado por exclusão da ilicitude, também não há como aplicar medida de segurança. No procedimento do Júri, a absolvição sumária é aplicada quando há causa de exclusão da ilicitude ou quando há causa de exclusão de imputabilidade. Nesse último caso, haverá a absolvição sumária e a imposição da medida de segurança (absolvição imprópria).
- Na hipótese de crime impossível, também não se aplica medida de segurança.
- Quando ausentes dolo e culpa, não se impõe medida de segurança.

2.2.2. Periculosidade

É a potencialidade do agente para realizar ações danosas. A periculosidade é demonstrada por meio da inimputabilidade, ou seja, revela-se pela falta de capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou pela falta de capacidade de se orientar de acordo com esse entendimento.

A periculosidade pode ser:

- *Presumida*: ocorre na hipótese do inimputável. O inimputável que pratica infração penal é sempre considerado perigoso e, por esse motivo, sempre receberá medida de segurança.
- *Real*: é aquela que precisa ser demonstrada e comprovada na prática. É o que ocorre na hipótese do semi-imputável. Nem todo semi-imputável necessita de medida de segurança. Deve-se verificar se é hipótese de periculosidade ou se é hipótese em que cabe pena.

2.3. Sistemas

2.3.1. Vicariante

Pelo sistema vicariante é impossível a aplicação cumulativa de pena e medida de segurança. O juiz deve optar entre uma e outra. No caso de imputável, receberá pena; no caso de inimputável, receberá medida de segurança; no caso de semi-imputável, receberá pena ou medida de segurança.

2.3.2. *Duplo binário*

De acordo com este sistema, aplica-se pena de medida de segurança. Esse sistema não é aplicado hoje no Brasil.

2.4. Espécies de Medidas de Segurança

Existem 2 espécies :

- *Medida de segurança detentiva*: é a internação na casa de custódia e tratamento psiquiátrico (manicômio). Essa medida de segurança é obrigatória para crimes apenados com reclusão.
- *Medida de segurança restritiva*: consiste no tratamento ambulatorial. O condenado fica em liberdade e vai algumas vezes por semana ao consultório médico. Essa medida de segurança pode ser aplicada a crimes apenados com detenção.

2.5. Prazo

A medida de segurança é aplicada por tempo indeterminado, portanto, não tem um prazo certo, podendo durar até a vida inteira do condenado. Após um prazo mínimo, entretanto, que deve terminar em 1 a 3 anos (de acordo com a gravidade do crime), será realizado um exame de cessação da periculosidade.

Se a periculosidade não cessou (exame negativo), o internado deve ter seu exame renovado de ano em ano. Excepcionalmente, o exame de cessação da periculosidade pode ser feito antes do decurso do prazo mínimo.

2.6. Desinternação e Liberação

Caso esteja cessada a periculosidade, o sujeito será desinternado (no caso de internação) ou liberado (no caso de tratamento ambulatorial), porém, condicionalmente, pois, se dentro do prazo de um ano praticar qualquer fato indicativo de sua periculosidade, a medida de segurança será restabelecida (não há necessidade da prática de um crime; qualquer fato praticado em desacordo com a normalidade pode restabelecer a medida de segurança).

2.7. Medida de Segurança na Lei de Tóxicos

A internação do dependente somente será determinada quando necessária, ou seja, não importa se o crime for de reclusão ou de detenção– sempre será aplicado tratamento ambulatorial e somente haverá internação quando necessária.

A internação em clínica particular sempre será possível quando não houver vaga em estabelecimento público.

2.8. Conversão da Pena em Medida de Segurança

Se durante a execução da pena sobrevier perturbação mental, ela será convertida em medida de segurança. Depois que o juiz da execução converter a pena em medida de segurança, se for feito um exame e constatada a ausência de periculosidade, o indivíduo deverá ser liberado

2.9. Semi-Imputável

O juiz deve optar entre pena e medida de segurança. Essa escolha deve ser fundamentada. Se optar pela pena, essa será diminuída de 1/3 a 2/3. Essa redução é um direito público subjetivo do acusado.

3. SURSIS

3.1. Conceito

Benefício consistente na suspensão da execução da pena privativa de liberdade, mediante condições impostas pelo juiz, após o preenchimento dos requisitos legais.

3.2. Natureza Jurídica

- 1.ª posição: trata-se de um direito público subjetivo do acusado.
- 2.ª posição: faculdade do juiz, uma vez que se trata de modo alternativo de cumprimento de penas.

3.3. Requisitos

a) Objetivos:

- Qualidade da pena: tem de ser privativa de liberdade.

- Quantidade da pena: deve ser igual ou inferior a dois anos.
- Impossibilidade de substituição por pena restritiva dos direitos.

b) Subjetivos

- Não reincidência em crime doloso: reincidente em crime doloso é aquele que foi condenado definitivamente pela prática do crime doloso (condenação transitada em julgado por crime doloso) e, após, praticou outro crime doloso.

  A condenação por crime político e por crime militar próprio não gera a reincidência. Logo, pode ser concedido o *sursis*. Condenação por crime doloso em que foi aplicada multa e posterior prática de crime doloso gera a reincidência em crime doloso, porém, cabe o *sursis*.

- Circunstâncias judiciais favoráveis (art. 59 CP).

3.4. Espécies de *Sursis*

3.4.1. Comum

- *Etário*: é o concedido para o condenado maior de 70 anos. É cabível se a pena for igual ou inferior a 4 anos. O período de prova varia de 4 a 6 anos.
- *Humanitário*: é idêntico ao etário, porém concedido por motivo de saúde.

Todos os *sursis* podem ser simples ou especial.

- *Simples*: quando no primeiro ano do período de prova o condenado fica sujeito a prestação de serviço à comunidade ou a limitação de fim de semana

- *Especial*: quando as condições forem: proibição de freqüentar determinados lugares e proibição de se ausentar da Comarca sem previa autorização do juiz, e comparecimento mensal obrigatório em Juízo.

Além dessas condições, tanto o *sursis* simples como o especial podem ter outras a critério do juiz, que são chamadas de condições jurídicas.

3.5. Revogação do *Sursis*

Pode ser:

- *Obrigatória*: o juiz está obrigado a revogar o *sursis*.
- *Facultativa*: o juiz pode:
  - advertir novamente o condenado;
  - exacerbar as condições impostas;
  - prorrogar o período de prova até o máximo;
  - revogar o beneficio.

3.5.1. Causas de revogação obrigatória do sursis

- Condenação transitada em julgado pela prática de crime doloso.
- Não reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo.
- Se o indivíduo frustrar a execução da multa (está revogada essa causa revogatória).
- Descumprimento das condições legais do *sursis* simples.

3.5.2. Revogação facultativa

- Condenação transitada em julgado pela pratica de crime culposo ou contravenção, salvo se imposta pena de multa.
- Descumprimento de qualquer outra condição.

3.6. Prorrogação e Extinção Automática do *Sursis*

Se o condenado estiver sendo processado pela prática de crime ou contravenção penal, o período de prova será prorrogado até o trânsito em julgado do processo.

Durante o período da prorrogação, não subsistem as condições impostas (art. 81, § 2.º, do CP).

Terminado o período de prova, se não houver motivo para a revogação, está extinta a pena.

3.7. *Sursis* e Lei dos Crimes Hediondos

São incompatíveis.

3.8. Audiência Admonitória

É uma audiência de advertência. O condenado será advertido de todas as suas condições e do não cumprimento delas.

Só pode ser realizada após o trânsito em julgado (art.160 da LEP).

4. DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

4.1. Conceito

É a antecipação provisória da liberdade após o cumprimento de parte da pena, mediante certas condições.

4.2. Distinção com o Sursis

O *sursis* suspende a execução da pena; a pena não é executada O livramento condicional pressupõe a execução de parte da pena.

4.3. Natureza Jurídica

É um incidente na execução da pena privativa de liberdade. É um direito público subjetivo do condenado. O juiz não pode negar o livramento condicional desmotivadamente.

4.4. Requisitos

São objetivos e subjetivos.

4.4.1. Objetivos

- Pena privativa de liberdade.
- Essa pena deve ser igual ou superior a 2 anos.
- Reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo.
- Cumprimento de parte da pena:
  - Deve ser cumprido 1/3, se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes.
  - Deve ser cumprida a metade, se o condenado for reincidente em crime doloso.
  - Se não for reincidente em crime doloso, mas tiver maus antecedentes, a solução é escolher uma fração entre 1/3 e 1/2, de acordo com os antecedentes.
  - – Devem ser cumpridos 2/3, no caso de condenação por crime previsto na lei dos crimes hediondos.

4.4.2. Subjetivos

- Comportamento carcerário satisfatório.
- Bom desempenho no trabalho que lhe for atribuído durante a execução da pena.
- Possibilidade de obter ocupação lícita.
- Para crimes dolosos, cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa, é necessário mais um requisito: comprovação de que o condenado está apto a conviver em sociedade.
- Para crimes previstos na lei dos crimes hediondos, é necessário mais um requisito: não ser reincidente em nenhum dos crimes previstos nessa lei (reincidência específica). Reincidente em tráfico e estupro não tem direito ao livramento.

4.5. Condições

São obrigatórias ou facultativas.

4.5.1. Obrigatórias

- Comparecimento mensal obrigatório em Juízo.
- Não sair da Comarca sem avisar o Juízo.
- Obter ocupação lícita dentro de um prazo razoável.

4.5.2. Facultativas

São aquelas que o juiz pode impor, além das obrigatórias.

- Não mudar de endereço sem avisar o juiz.
- Recolher-se em sua residência após determinado horário.
- Proibição de freqüentar determinados lugares.

4.6. Revogação do Livramento Condicional: Obrigatória e Facultativa

4.6.1. Obrigatória

- Se houver condenação a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por crime cometido durante a vigência do benefício.
- Se houver condenação a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por crime anterior.

4.6.2. Facultativa

- Condenação transitada em julgado por contravenção penal ou pena não privativa de liberdade.
- Descumprimento de qualquer das condições impostas na sentença.

Na revogação facultativa, se o juiz não revogar, pode exacerbar as condições impostas ou pode chamar o réu para conversar (advertir o sentenciado).

4.7. Efeitos da Revogação do Livramento

É feita uma audiência de advertência antes do livramento condicional. Ex.: houve condenação de 12 anos; o condenado não é reincidente em crime doloso e tem bons antecedentes. Terá que ficar preso por 1/3 da pena (= 4 anos). Pode cumprir solto 8 anos. Se, faltando 2 anos para terminar o livramento condicional, advier uma condenação com trânsito em julgado, o livramento é revogado. O réu terá que ficar preso por 8 ou 2 anos? Depende. Se o novo crime foi praticado na vigência do livramento, vai ter que cumprir os 8 anos de prisão. Assim, se pelo novo crime for condenado a um ano, vai ter que ficar 8 anos preso e, quando começar a cumprir a nova pena de 1 ano é que terá direito ao livramento, depois de cumprida a metade (= 6 meses). Mas, se o crime foi praticado antes do livramento condicional, se o livramento é revogado faltando 2 anos, só terá que cumprir 2 anos. Esses dois anos vão ser somados ao 1 ano (= 3 anos) e o réu poderá obter novo livramento condicional depois de cumprir 1/2 de 3 anos.

4.8. Descumprimento de Condição

Trata-se de causa de revogação facultativa, mas o réu terá que cumprir preso todo o tempo de livramento caso esse seja revogado.

P.: Se o sujeito está sendo processado durante o benefício, o juiz deve prorrogar o período de livramento condicional até terminar esse processo?

R.: Só se prorroga o livramento condicional se o réu estiver sendo processado por crime cometido na vigência do benefício.

O juiz não pode revogar o livramento condicional por estar o réu sendo processado.

5. REABILITAÇÃO

Arts. 93 e ss. do Código Penal.

Trata-se de declaração judiciária de que o condenado está regenerado.

Pressuposto básico para reabilitação: é preciso que haja condenação anterior. Inimputável submetido a medida de segurança: não cabe a reabilitação.

5.1. Efeitos

Hoje possui mais efeito moral que prático. Na prática, tem dois efeitos:

- assegura o sigilo da condenação (boletim de antecedentes criminais sem anotações). Art. 202 da LEP;
- reconquista direitos atingidos pela penas específicas.

– *Perda da função pública*: o réu reabilitado readquire o direito a concorrer a cargos públicos.

– *Perda de pátrio poder:* com a reabilitação, o indivíduo reconquista o pátrio poder, mas nunca em relação ao filho contra quem ele cometeu o crime.

– *Inabilitação para dirigir veículo:* com a reabilitação, o indivíduo adquire o direito de se habilitar novamente ou de se habilitar pela primeira vez. Deve fazer novos testes.

5.2. Natureza Jurídica

Trata-se de causa suspensiva de alguns efeitos secundários da condenação.

5.3. Competência

É competente o Juízo da sentença.

5.4. Pluralidade de Condenações

No caso de pluralidade de condenações, o pedido é individualizado. (Uma reabilitação para uma condenação.)

5.5. Procedimento

Arts. 743 e ss. do Código de Processo Penal.

5.6. Recurso

Concedida a reabilitação, o recurso é o de apelação. Se concedida, a lei exige, também, o recurso *ex-officio*, isto é, o juiz sempre remete a decisão ao Tribunal.

Para fins de concurso público: o recurso subsiste, art. 746 do CPP: recurso *ex-officio*. Na prática, não.

5.7. Requisitos para Obter a Reabilitação

- Decurso do prazo de 2 anos depois da extinção da pena. O prazo é o mesmo para reincidentes ou primários.
- Domicílio no país durante aquele prazo (acima referido).
- Bom comportamento público (vida pública, escolar etc.) ou privado (junto com a família).
- Reparação do dano, salvo a impossibilidade de fazê-lo (ex.: se a dívida já prescreveu).

O requerente tem que comprovar todos os requisitos. São requisitos cumulativos, todos devem ser provados.

Negada a reabilitação, pode ser pedida outra vez, desde que suprida a falta precedente.

5.8. Revogação da Reabilitação

5.8.1. Causa para revogar

Quando o réu for condenado novamente como reincidente, irrecorrivel a pena que não seja de multa.

Durante 5 anos, o réu estará em observação. Se advier uma condenação depois dos 5 anos, não é mais reincidente, não há mais revogação.

5.8.2. Efeitos da revogação

O réu perde todos os direitos que havia conquistado ou reconquistado.

P.: Depois de revogada, pode ser pedida nova reabilitação?

R.: Sim. O indivíduo terá que cumprir todas os requisitos para pedir nova reabilitação (pois é um estímulo para que não cometa mais infrações).

MÓDULO XI

DIREITO PENAL

DIREITO PENAL

1. DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

1.1. Causas Extintivas da Punibilidade

1.1.1. Prescrição (art. 107, inc. IV)

Prescrição penal é a perda (extinção) da pretensão de punir do Estado, face à sua inércia em satisfazê-la durante os prazos legais. Natureza jurídica: é um instituto de Direito Penal, pois é uma causa de extinção da punibilidade. Tem por fundamentos: o combate à desídia e à inconveniência de se punir o infrator muito tempo depois do crime.

A prescrição, em regra, alcança todas as infrações penais; porém, a Constituição Federal traz como infrações imprescritíveis:

- crimes de racismo (art. 5.º, inc. XLII);
- crimes referentes a ações de grupos armados, civis ou militares, contra ordem constitucional e o Estado democrático – ações de terrorismo – (art. 5.º, inc. XLIV).

Cabe ressaltar que os crimes de tortura não são imprescritíveis.

- Espécies de prescrição:

– prescrição da pretensão punitiva;

– prescrição da pretensão executória.

a) Prescrição da pretensão punitiva (art. 109 do CP)

É a perda pelo Estado do direito de punir, no tocante à pretensão do Poder Judiciário de julgar a lide e aplicar a sanção abstrata.

Espécies de prescrição da pretensão punitiva:

- prescrição da pretensão punitiva propriamente dita;
- prescrição da pretensão punitiva intercorrente, superveniente ou posterior;
- prescrição da pretensão punitiva retroativa;
- prescrição da pretensão punitiva perspectiva, projetada, antecipada ou virtual.

Conforme estabelece o art. 111 do Código Penal, a prescrição da pretensão punitiva (antes de transitar em julgado a sentença final) começa a correr:

- do dia em que o crime se consumou (constitui exceção à adoção da teoria da atividade);
- no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;
- nos crimes permanentes, da data em que cessou a permanência;
- nos delitos de bigamia (art. 235 do CP) e de falsificação de registro civil (art. 299 do CP), da data em que o fato se tornar conhecido da autoridade.

Na hipótese de concurso de crimes, a prescrição incide isoladamente sobre cada crime (art. 119 do CP).

Como se calcula o prazo prescricional?

O prazo prescricional varia de acordo com a pena privativa de liberdade. Para saber qual o prazo de prescrição da pretensão punitiva, deve-se verificar o limite máximo da pena imposta *in abstracto*, no preceito sancionador, e enquadrá-lo em um dos incisos do art. 109 do CP.

As causas de aumento e de diminuição devem ser consideradas.

Se o agente for menor de 21 anos na data do fato, ou maior de 70 anos na data da sentença, a prescrição deve ser reduzida pela metade.

Causas interruptivas da prescrição (art. 117 do CP):

- Recebimento da denúncia ou da queixa

Na hipótese de co-autor ou partícipe não identificado, a interrupção se estende a ele.

O recebimento do aditamento não interrompe a prescrição. Se o aditamento incluir outra infração penal, o seu recebimento interrompe a prescrição, mas só com relação a esse novo crime.

- Sentença de pronúncia

Somente para os crimes dolosos contra a vida.

A pronúncia interrompe a prescrição também dos delitos conexos. Se houver recurso contra a pronúncia, o acórdão confirmatório também interrompe a prescrição.

- Publicação da sentença condenatória

A publicação não se dá com a colocação da sentença em imprensa, mas sim na data em que se torna pública, isto é, quando o juiz a entrega em cartório.

O acórdão que confirma a sentença condenatória não interrompe a prescrição. Se a sentença for absolutória, o acórdão condenatório interrompe a prescrição.

Sentença absolutória não interrompe a prescrição.

Sentença que concede perdão judicial não interrompe a prescrição (Súmula n. 18 do STJ)

Sentença que julga extinta a punibilidade não interrompe a prescrição.

A partir da publicação da sentença condenatória, a prescrição deve ser calculada de acordo com a pena aplicada na sentença.

O Ministério Público discorda dessa posição, pois dispõe que pode recorrer, e a pena pode aumentar. A partir, portanto, da publicação da sentença condenatória, a prescrição passa a ser calculada de acordo com a pena em concreto, desde que transitada em julgado para a acusação (prescrição de pretensão punitiva superveniente – art. 110, § 1.º, do CP).

Se o Tribunal negar provimento ao recurso do Ministério Público , a prescrição de pretensão punitiva também é calculada com base na pena fixada na sentença.

Pressupostos da prescrição de pretensão punitiva superveniente:

- trânsito em julgado para o Ministério Público ;
- recurso improvido.

b) Efeitos da prescrição da pretensão punitiva

A prescrição da pretensão punitiva afasta todo e qualquer efeito da condenação.

c) Causas suspensivas da prescrição (art. 116 do CP)

Na suspensão da prescrição, o tempo decorrido antes da causa é computado no prazo, ou seja, cessado o efeito da causa suspensiva, a prescrição recomeça a correr, computando-se o tempo decorrido antes dela.

São causas suspensivas da prescrição:

- suspensão do processo para o deslinde de questão prejudicial;
- enquanto estiver suspenso o processo, não corre a prescrição;
- enquanto o agente estiver preso por outro motivo.

Suspende-se o processo para instauração do incidente de insanidade, mas *a prescrição não se suspende*. A prescrição sempre correrá, qualquer que seja a insanidade mental (posterior ou anterior aos fatos).

Se o incidente de insanidade mental conclui que o réu é portador de doença mental e que a mesma existia ao tempo da infração penal, o agente é inimputável e o processo segue para aplicação ou não de medida de segurança.

- suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95).
- art. 366 do Código de Processo Penal: suspensão do processo quando o réu, citado por edital, não comparece nem constitui defensor.

- expedição de carta rogatória: desde a expedição até a juntada aos autos.
- indeferimento de licença para processar parlamentar, ou ausência de deliberação a respeito. Desde a data em que se protocolou o pedido de licença, ou da data que indefere a licença.

d) Prescrição da pretensão punitiva da multa

Se a pena de multa for a única prevista ou a única aplicada, o prazo será de 2 anos.

Se a multa é prevista cumulativa ou alternativamente no tipo com pena privativa de liberdade, seu prazo de prescrição será o mesmo da pena privativa de liberdade.

Se a multa é aplicada cumulativamente com a pena privativa de liberdade, o prazo de prescrição é o mesmo da pena privativa.

e) Prescrição da pretensão executória

Na prescrição da pretensão executória, o decurso do tempo sem o seu exercício faz com que o Estado perca o direito de executar a sanção imposta na sentença condenatória. A prescrição da pretensão executória ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Nos termos do art. 110, *caput*, a prescrição, depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena imposta e verifica-se nos prazos fixados no art. 109, os quais são aumentados de 1/3 se o condenado é reincidente.

No concurso material e formal, cada delito tem seu prazo prescricional isolado, ainda que as penas tenham sido impostas na mesma sentença (art. 119 do CP).

Não corre a prescrição da pretensão executória durante o período de prova do *sursis* e do livramento condicional.

O reconhecimento da prescrição da pretensão executória, na hipótese do art. 110, *caput*, do Código Penal, somente impede a execução das penas e de eventual medida de segurança, subsistindo os efeitos secundários da condenação.

1.1.2. Anistia, Graça e Indulto (art. 107, inc. II, do CP)

São formas de renúncia do Estado ao direito de punir.

São chamadas de indulgência, clemência soberana ou graça em sentido amplo.

a) Anistia

É uma lei federal penal de efeitos retroativos, ou seja, é uma lei feita para o passado.

Se é uma lei penal, atinge os efeitos penais (principais e secundários). Os efeitos extrapenais subsistem. Só existe um caso em que a anistia afeta todos os efeitos: no caso de ser anterior ao trânsito em julgado.

Uma vez concedida, não pode ser revogada, já que sua revogação implicaria em retroatividade dos efeitos anteriores, prejudicando o agente.

A anistia é de atribuição do Congresso Federal (art. 48, inc. VIII, da CF).

b) Graça e Indulto

- Semelhanças:
  - são concedidos por decreto. O decreto é do Presidente da República, que pode delegar essa atribuição ao Procurador Geral da República ou ao Advogado Geral da União ou, ainda, ao Ministro da Justiça;
  - só extingue o efeito principal, que é a pena.

- Diferenças:
  - a graça é individual e depende de pedido do sentenciado;
  - o indulto é uma medida coletiva e é concedida de ofício (não depende de provocação).

1.1.3. Decadência

A prescrição extingue o direito de punir (afeta a pretensão punitiva do Estado).

A decadência extingue o direito do ofendido, de oferecer a queixa ou a representação.

A decadência está prevista como causa extintiva de punibilidade porque, extinto o direito de queixa ou de representação, não há processo e, sem esse, não pode ser exercida a pretensão punitiva do Estado.

Como regra geral, o prazo da decadência é de seis meses, a contar do conhecimento da autoria. No caso da queixa subsidiária, o prazo começa a contar do término do prazo para o Ministério Público oferecer a denúncia (art. 103 do CP).

Se o ofendido for menor, haverá dois prazos decadenciais, um para o menor e o outro para seu representante legal (Súmula n. 594 do STF). Se o ofendido for menor de 18 anos, o prazo começa a correr da data em que esse completar 18 anos.

1.1.4. Perempção (art. 107, inc. IV do CP)

É uma sanção processual ao querelante desidioso. Só ocorre na ação penal exclusivamente privada (art. 60 do CPP).

Hipóteses de perempção da ação penal:

- processo parado por 30 dias seguidos;
- não comparecimento a ato em que deva estar presente;
- falta de pedido de condenação nas alegações finais;
- querelante que morre sem deixar sucessor, ou sucessores que não comparecem para assumir o processo nos 60 dias após amorte do querelante.

1.1.5. Casamento subseqüente

- *do agente com a vítima (art. 107, inc. VII, do CP)*: nos crimes contra os costumes, incluindo o estupro e o atentado violento ao pudor, com violência real.
- *da vítima com terceiro (art. 107, inc. VIII, do CP)*: nos mesmos crimes, desde que o crime seja cometido sem violência real ou grave ameaça, e que a vítima não requeira o prosseguimento da ação penal ou do inquérito policial nos 60 dias após o matrimônio.

1.1.6. Renúncia ao direito de queixa e perdão do ofendido (art. 107, inc. V, do CP)

a) Diferenças:

- a renúncia é anterior, ao passo que o perdão é posterior à queixa;
- a renúncia é unilateral, enquanto o perdão depende da aceitação do querelado (ato bilateral).

b) Cabimento:

Só na ação penal exclusivamente privada. Isso porque só nela vigoram os princípios da oportunidade e da disponibilidade.

A renúncia e o perdão podem ser expressos ou tácitos.

A aceitação do perdão pode ser expressa ou tácita.

No caso de ofendido menor de 18 anos, cabe ao representante legal a concessão do perdão ou a renúncia.

Se o ofendido é menor de 21 anos e maior de 18 anos, cabe a ele ou ao representante legal. No caso de divergência, prevalece a vontade de quem quer o processo.

1.1.7. Retratação do agente

Retratar é voltar atrás, retirar o que disse.

Só extingue a punibilidade nos casos permitidos em lei:

- calúnia e difamação (art. 143 do CP): até a sentença de 1.º grau. Extingue a punibilidade somente para quem se retratou. Se o crime contra a honra for praticado por meio da liberdade de imprensa, a retratação extingue a punibilidade também da injúria;
- falso testemunho (art. 342, § 3.º, do CP): até a sentença de 1.ª instância. Extingue a punibilidade para todos.

1.1.8. Perdão judicial

Nada tem a ver com o perdão do ofendido. O perdão do ofendido é concedido pelo ofendido, ao passo que, o perdão judicial é concedido pelo juiz. O perdão do ofendido só é possível na ação penal exclusivamente privada, ao passo que, o perdão judicial é possível, tanto na ação pública como na ação privada, desde que a hipótese esteja prevista em lei.

a) Conceito

Segundo o prof. DAMÁSIO DE JESUS, "é o instituto pelo qual o juiz, não obstante comprovada a prática da infração penal pelo sujeito culpado, deixa de aplicar a pena em face de justificadas circunstâncias"[1].

b) Natureza jurídica

É uma faculdade do juiz e não um dos direitos públicos subjetivos do réu. O juiz, portanto, tem a discricionariedade de conceder ou não. Trata-se de causa extintiva da punibilidade.

c) Hipóteses legais

- Homicídio culposo ou lesão corporal culposa, se as circunstâncias do crime tornarem desnecessária a aplicação da pena.
- Na injúria, se as ofensas são recíprocas (retorsão imediata).
- Receptação culposa, dependendo das circunstâncias.
- Art. 176 do CP.
- Adultério, se os cônjuges já estavam separados de fato.
- Falsificação de registro civil, se foi falsificado por motivo nobre (adoção à brasileira).
- Crime falimentar, se o comerciante tem pouca instrução e explora comércio exíguo.

---

[1] ***Direito Penal.*** **23.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. vol. 1.**

- Erro de direito na LCP.

Natureza jurídica da sentença que concede o perdão judicial: estabelece a Súmula n. 18 do Superior Tribunal de Justiça– “A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, *não subsistindo qualquer efeito condenatório*” (grifo nosso).

O Ministério Público entende que permanecem os efeitos secundários.

Só pode ser aplicado após o transcurso do processo, pois, antes do perdão, o réu tem o direito de ser absolvido.

2. DOS EFEITOS CIVIS DA SENTENÇA PENAL

A condenação irrecorrível produz efeitos:

- principais;
- secundários.

Efeitos principais: imposição das penas privativas de liberdade, restritiva de direitos, pecuniária e eventual medida de segurança.

Efeitos secundários: possuem natureza penal e extrapenal.

Os de natureza penal são: pressuposto da reincidência (art. 63 do CP); impede, em princípio, o *sursis* e causa a sua revogação (arts. 77, inc. I, e 81, inc. I e § 1.º, do CP); causa a revogação do livramento condicional (art. 86 do CP); aumenta o prazo da prescrição da pretensão executória (art. 110, *caput*, *in fine*, do CP); transitada em julgado, a prescrição da pretensão executória não se inicia, enquanto o condenado permanece preso por outro motivo (art. 116, par. ún., do CP); causa a revogação da reabilitação (art. 95 do CP); tem influência na exceção da verdade no crime de calúnia (art. 138, § 3.º, incs. I e III, do CP); impede o privilégio dos arts. 155, § 2.º; 170; 171, § 1.º; e 180, § 3.º, 1.ª parte, em relação ao segundo crime; todos do CP.

Entre os de natureza extrapenal incluem-se os de natureza civil e administrativa, dentre eles: obrigação de reparar o dano resultante do crime (art. 91, inc. I, do CP); confisco (art. 91, inc. II, do CP); perda de cargo, função pública ou mandato eletivo (art. 92, inc. I, do CP); incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela (art. 92, inc. II, do CP); inabilitação para dirigir veículo (art. 92, inc. III, do CP).

2.1. Reparação Civil

O direito à indenização é assegurado pela Constituição Federal, art. 5.º, inc. V; pelo Código Civil, art. 159; pelo Código Penal, art. 91, inc. I; e pelo Código de Processo Penal, art. 63.

A sentença penal condenatória é declaratória quanto à indenização civil, pois não há mandamento expresso que obrigue a indenizar; no entanto, a lei concede-lhe natureza de título executório. Assim, com o trânsito em julgado, a execução no cível é somente referente ao *quantum* a ser indenizado.

O efeito civil da reparação do dano persiste, mesmo quando ocorrer a extinção da punibilidade (após o trânsito em julgado da sentença condenatória), e mesmo que ocorra a anistia.

Se o titular do direito à reparação for pobre, a execução será feita, a seu requerimento, pelo Ministério Público (art. 68 do CPP).

2.2. *Actio civilis ex delicti*

A princípio, a responsabilidade em uma esfera não prejudica a outra, conforme dispõe o art. 1.525 do Código Civil.

O ofendido, quando da ocorrência do delito, poderá:

- aguardar o desfecho na esfera penal e, advindo o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ingressar no Juízo Cível com o pedido de execução para efeito de reparação do dano;
- ou ingressar diretamente no Juízo Cível, com a ação civil de reparação do dano (*actio civilis ex delicti*).

Mas, se ambas estiverem em andamento, deve-se sobrestar o do Cível, para que não haja contradições nas decisões (art. 64 do CPP).

Ocorrendo o arquivamento do inquérito policial, ou mesmo que a decisão decrete a extinção de punibilidade, o ofendido terá direito a *actio civilis ex delicti*.

2.3. Absolvição Penal e Reparação Civil

A princípio, a sentença absolutória não impede a *actio civilis ex delicti*, em razão da independência das esferas (art. 66, CPP).

Os casos de absolvição criminal estão englobados no art. 386, incs. I a VI, do Código de Processo Penal, que são:

a) absolvição em face de estar provada a inexistência do fato

Em face de sentença absolutória penal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, *categoricamente*, reconhecida a inexistência material do fato;

b) absolvição criminal em face de não haver prova da existência do fato

Aplica-se o princípio *in dúbio pro reo*, ou seja, na área cível, poder-se-á provar a existência do fato, no entanto, não fica impedido o exercício da ação de reparação do dano emergente da conduta;

c) absolvição criminal em face de o fato não constituir infração penal

Absolvido o réu, não há impedimento de propor ação no Cível, pois, o fato pode não ser ilícito penal, mas pode ser ilícito civil;

d) absolvição criminal em face de não existir prova de ter o réu concorrido para a prática da infração penal

É o caso de haver dúvida se o réu realmente praticou o delito; assim, deve ser absolvido. Como o juiz não excluiu categoricamente a imputação de autoria, não impede a propositura no Juízo Cível.

e) absolvição criminal em face de não existir prova suficiente para a condenação

É o caso de o réu não conseguir demonstrar que agiu acobertado por uma das causas excludentes da ilicitude ou da culpabilidade, restando dúvida ao juiz a respeito da ocorrência de uma dessas causas. O réu será absolvido, o que não obsta a propositura de ação civil;

f) absolvição criminal em face de existir causa de exclusão da antijuridicidade ou da culpabilidade

A absolvição criminal com base nas causas de exclusão da antijuridicidade, em regra, exclui o exercício da ação civil de reparação do dano. Só não o exclui quando a lei civil, embora reconhecendo a licitude do fato, determina a obrigação do ressarcimento do dano. São dois os casos:

- arts. 1.519 e 1.520 do Código Civil;
- art. 1.540 do Código Civil.

Não pode haver ação civil de reparação do dano, quando esse é resultado de ato praticado em legítima defesa contra o autor da agressão. Se, porém, o ato atingir pessoa inocente, a legítima defesa não impede a ação civil de reparação do dano. No entanto, se ocorrer a legítima defesa putativa, persiste a possibilidade de ingressar com a ação civil, pois subsiste a ilicitude. Também a absolvição por ausência de culpa não impede a ação civil, desde que, no Juízo Penal, não tenha sido reconhecida categoricamente a inexistência material do fato (art. 66 do CPP).

2.4. Confisco

É a perda de bens do particular em favor do Estado.

O confisco, como efeito da condenação, será (art. 91, II, do CP):

- dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito – trata-se dos *instrumentos sceleris*, objetos empregados para a realização do crime–, mas, somente os descritos é que podem ser confiscados;
- do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso – trata-se dos *producta sceleris.* O Código também autoriza o confisco de qualquer outro bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do crime, como o *pretium sceleris*.

2.4.1. Efeitos específicos

O art. 92 do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 9.268/96, descreve quais são os efeitos específicos da condenação.

Art. 92, inc. I, do CP – o Código prevê crimes funcionais, que se encontram nos arts. 312 a 326.

A perda do mandato eletivo é reservada para crimes mais graves e difere da proibição do exercício de mandato eletivo, que constitui pena restritiva de direitos (CP, art. 47, inc. I). Reabilitado, o condenado poderá exercer outro mandato, não aquele que perdeu.

A incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, depende de duas condições:

- que o crime seja doloso;
- que seja cominada pena de reclusão.

Trata-se de incapacidade permanente.

A inabilitação para dirigir veículo, depende de dois requisitos:

- que o crime seja doloso;
- que o veículo tenha sido usado como meio para a prática do delito.

Em todos os casos do artigo supra, o efeito deve ser motivadamente declarado na sentença; é o que dispõe o parágrafo único do mesmo.

MÓDULO XII

DIREITO PENAL

DIREITO PENAL

Dos Crimes Contra a Pessoa
Dos Crimes Contra a Vida

Excluindo o homicídio culposo, todos os crimes contra a vida são dolosos e, portanto, julgados pelo Tribunal do Júri.

1. HOMICÍDIO - ART. 121 DO CÓDIGO PENAL

São três os tipos (espécies):

- homicídio simples;
- homicídio privilegiado;
- homicídio qualificado.

Tipo ou preceito primário de norma penal: matar alguém.

Pena ou preceito secundário de norma penal: reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

1.1. Homicídio Simples

Eliminação da vida humana extra-uterina, provocado por outra pessoa.

1.1.1. Objeto jurídico (bem jurídico tutelado)

Vida humana. É um crime simples, pois tem apenas um bem jurídico tutelado. Crimes complexos são aqueles em que a lei protege mais de um bem jurídico.

1.1.2. Sujeito ativo

Qualquer pessoa (crime comum). Os crimes próprios só podem ser praticados por determinadas pessoas.

O homicídio admite co-autoria e participação.

- *Co-autoria*: duas ou mais pessoas praticam a conduta descrita no tipo.
- *Participação:* quando não comete qualquer conduta descrita no tipo, mas de alguma forma contribui para o crime. ExExemplo: aquele que empresta a arma, incentiva.

Para que exista co-autoria e participação, é necessário o chamado liame subjetivo, ou seja, a ciência por parte dos envolvidos de que estão colaborando para um fim comum.

1.1.3. Classificação

É um crime simples, comum, instantâneo, material e de dano.

Que vem a ser autoria colateral?

Ocorre quando duas ou mais pessoas querem cometer o mesmo crime e agem ao mesmo tempo, sem que uma saiba da intenção da outra, e o resultado morte decorre da conduta de um só agente, que é identificado no caso concreto. O que for identificado responderá por homicídio consumado e o outro por tentativa.

Que se entende por autoria incerta?

Ocorre quando, na autoria colateral, não se consegue identificar o causador da morte e, nesse caso, ambos respondem por tentativa de homicídio.

1.1.4. Sujeito passivo

Qualquer ser humano após seu nascimento e desde que esteja vivo.

Crime impossível: tem a finalidade de afastar a tentativa por absoluta impropriedade do meio ou do objeto. Há crime impossível por absoluta impropriedade do objeto na conduta de quem tenta tirar a vida de pessoa já morta e, neste caso, não há tentativa de homicídio, ainda que o agente não soubesse que a vítima estava morta. Haverá também crime impossível, mas por absoluta ineficácia do meio, quando o agente usa, por exemplo, arma de brinquedo ou bala de festim.

1.1.5. Consumação

Dá-se no momento da morte (crime material). A morte ocorre quando cessa a atividade encefálica (Lei da Doação de Órgãos). A prova da materialidade se faz por meio do laudo de exame necroscópico assinado por

dois legistas, que devem atestar a ocorrência da morte e se possível as suas causas.

1.1.6. Tentativa

- *Tentativa branca de homicídio*: ocorre quando o agente pratica o ato de execução, mas não atinge o corpo da vítima que, portanto, não sofre qualquer dano em sua integridade corporal.

- *Tentativa cruenta de homicídio*: ocorre quando a vitima é atingida, sendo apenas lesionada[1].

  Tentativa de homicídio diferencia-se de lesão corporal consumada: o que distingue é o dolo (intenção do agente).

- *Lesão seguida de morte*: não confundir com a hipótese de progressão criminosa, em que o agente inicia a execução querendo apenas lesionar e depois altera o seu dolo e resolve matar. Conseqüência: o agente só responde pelo homicídio que absorve as lesões corporais.

- *Desistência Voluntária*: o agente só responde pelos atos já praticados. Ocorre quando, por exemplo, ele efetua um disparo contra a vítima e percebe que não a atingiu de forma mortal, sendo que, na seqüência, voluntariamente deixa de efetuar novos disparos, apesar de ser possível fazê-lo. O agente responde só por Lesões Corporais. Não há tentativa, por não existir circunstância alheia à vontade do agente que tenha impedido a consumação.

---
[1] CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral, vol. I, 2.ª ed. São Paulo: Saraiva.

1.1.7. *Elemento subjetivo*

- *Dolo direto*: quando a pessoa quer o resultado.
- *Dolo eventual*: não quer, mas assume o risco de produzir o resultado.

No caso de homicídio decorrente de racha de automóveis (art.308 do CTB), os Tribunais têm entendido que se trata de homicídio com dolo eventual.

2. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO - ART. 121, § 1.°, DO CÓDIGO PENAL

2.1. Natureza Jurídica

Causa de diminuição de pena (redução de 1/6 a 1/3, em todas as hipóteses).

Apesar de o parágrafo trazer a expressão "pode", trata-se de uma obrigatoriedade, para não ferir a soberania dos veredictos. O privilégio é votado pelos jurados e, se reconhecido o privilégio, a redução da pena é obrigatória, pois do contrário estaria sendo ferido o princípio da soberania dos veredictos. Trata-se, portanto, de um direito subjetivo do réu.

As hipóteses são de natureza subjetiva porque estão ligadas aos motivos do crime:

- Motivo de relevante valor moral (nobre): diz respeito a sentimentos do agente que demonstre que houve uma motivação ligada a uma compaixão ou algum outro sentimento nobre. É o caso da eutanásia.

- Motivo de relevante valor social: diz respeito ao sentimento da coletividade. Exemplo: matar o traidor da Pátria.

- Sob domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima. Requisitos:

  - Existência de uma injusta provocação (não é injusta agressão, senão seria legítima defesa). Ex.: adultério, xingamento, traição. Não é necessário que a vítima tenha tido a intenção específica de provocar, bastando que o agente se sinta provocado.

  - Que, em razão da provocação, o agente fique tomado por uma emoção extremamente forte.

  - Reação imediata (logo em seguida...): não pode ficar evidenciada uma patente interrupção entre a provocação e a morte. Leva-se em conta o momento em que o sujeito ficou sabendo da provocação.

Qual a diferença entre o privilégio da violenta emoção com a atenuante genérica homônima?

No privilégio, a lei exige que o sujeito esteja sob o domínio de violenta emoção, enquanto na atenuante, basta que o sujeito esteja sob a influência da violenta emoção. O privilégio exige reação imediata, já a atenuante não.

3. HOMICÍDIO QUALIFICADO - ART. 121, § 2.º, DO CÓDIGO PENAL

Pena: reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

3.1. Classificação

- *Quanto aos motivos*: incs. I e II.
- *Quanto ao meio empregado*: inc. III (aquilo que causou a morte).
- *Quanto ao modo de execução*: inc. IV.
- *Por conexão*: inc. V.

3.1.1. Inciso I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe

Na paga ou promessa de recompensa, há a figura do mandante e do executor. Ambos respondem pela forma qualificada. Também chamado de homicídio mercenário.

A paga é prévia em relação à execução. Na promessa de recompensa, o pagamento é posterior à execução. Mesmo se o mandante não a cumprir, existirá a qualificadora para os dois.

Motivo torpe: demonstra a maldade do sujeito em relação ao motivo do delito. É o motivo vil, repugnante. Ex.: matar o pai para ficar com herança; matar a esposa porque ela não quer manter relação sexual. O ciúme *não* é

considerado motivo torpe. A vingança será considerada, ou não, motivo torpe ou fútil dependendo do que a tenha originado.

3.1.2. Inciso II - motivo fútil

Matar por motivo de pequena importância, insignificante. Exemplo: matar por causa de uma fechada no trânsito.

A ausência de prova, referente aos motivos do crime, não permite o reconhecimento dessa qualificadora. Ciúme não caracteriza motivo fútil. A existência de uma discussão "forte", precedente ao crime, afasta o motivo fútil, ainda que a discussão tenha se iniciado por motivo de pequena importância, pois entende-se que a causa do homicídio foi a discussão e não o motivo anterior que a havia originado.

3.1.3. Inciso III - emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou que possa representar perigo comum.

a) Emprego de veneno

É necessário que seja inoculado de forma que a vítima não perceba. Se o veneno for introduzido com violência ou grave ameaça, será aplicada a qualificadora do meio cruel. Certas substâncias que são inofensivas para a população em geral, poderão ser consideradas como veneno em razão de condições de saúde peculiares da vítima, como no caso do açúcar para o diabético.

b) Emprego de fogo

Temos como exemplo o caso do índio pataxó.

c) Emprego de explosivo

Exemplo de bombas caseiras em torcidas de futebol. Eventual dano ao patrimônio alheio ficará absorvido pelo homicídio qualificado pelo fogo ou explosivo.

d) Emprego de asfixia

Causa o impedimento da função respiratória. Formas de asfixia:

- Asfixia mecânica

_ *Esganadura*: apertar o pescoço da vítima.

_ *Estrangulamento*: passar fio, arame etc. no pescoço da vítima causando a morte. É a própria força do agente atuando, mas não com as mãos.

_ *Enforcamento*: há emprego de fio também, porém é a força da gravidade que faz com que o peso da vítima cause sua morte.

_ *Sufocação*: é a utilização de algum objeto que impeça a entrada de ar nos pulmões da vítima. (ex.: introduzir algodão na garganta da vítima).

_ *Afogamento*: imersão em água.

_ *Soterramento*: enterrar vivo.

- *Imprensamento ou sufocação indireta*: impedir o movimento respiratório colocando, por exemplo, um peso sobre o tórax da vítima.

- Asfixia tóxica:

- *Uso de gás asfixiante*: monóxido de carbono, por exemplo.

- *Confinamento*: trancar alguém em lugar fechado de forma a impedir a troca de ar (ex.: enterrar alguém vivo dentro de caixão).

e) Emprego de tortura ou qualquer meio insidioso ou cruel

Deve ser a causa direta da morte. Trata-se de meios que causam na vítima intenso sofrimento físico ou mental. A reiteração de golpes, dependendo da forma como ela é utilizada, pode ou não caracterizar a qualificadora de meio cruel (ex.: apedrejamento, paulada, espancamento, etc.).

Eventual mutilação praticada após a morte caracteriza crime autônomo de destruição de cadáver (art. 211, do CP).

Crime de tortura com resultado morte (pena: de 8 a 16 anos). A diferença entre homicídio qualificado homicídio por tortura está no elemento subjetivo (dolo). No homicídio qualificado, há dolo na morte e, no crime tortura, esta é culposa: o agente quer apenas torturar, mas culposamente provoca morte. Trata-se de crime preterdoloso (dolo no antecedente e culpa no conseqüente – art. 1.º, § 3.º, da Lei n. 9.455/97).

Meio insidioso: uso de fraude, armadilha, parecendo não ter havido infração penal, e sim um acidente, como no caso de sabotagem nos freios do automóvel.

f) Emprego de qualquer meio do qual possa resultar perigo comum

Gera perigo a um número indeterminado de pessoas. Não é necessário que o caso concreto demonstre o perigo comum, basta que se comprove que o meio usado poderia causar dano a várias pessoas. Ainda que não haja uma situação de risco específico.

O que ocorre, todavia, se no caso concreto o agente, além de matar a vítima, efetivamente expõe outras pessoas a perigo?

A doutrina entende que há homicídio qualificado em concurso formal com o crime de perigo comum (art. 250 e ss. do CP). Mas há entendimento divergente no sentido de ocorrer *bis in idem.* Até porque o dolo é diferente, se o agente atua com o dolo de dano, não pode agir com dolo de perigo.

3.1.4. Inciso IV – à traição, de emboscada ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido

Refere-se à maneira que o sujeito usou para aproximar-se da vítima.

a) Traição

Aproveitar-se da prévia confiança que a vítima deposita no agente para alvejá-la (ex.: amizade, relação amorosa etc).

b) Emboscada ou tocaia

Aguardar escondido a passagem da vítima por um determinado local para matá-la.

c) Dissimulação

Uso de artifício para se aproximar da vítima. Pode ser:

- *Material*: dá-se com o uso de disfarce, fantasia ou métodos análogos para se aproximar.
- *Moral*: a pessoa usa a palavra. Sujeito dá falsas provas de amizade ou de apreço para poder se aproximar.

d) Qualquer outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima

Quando uma pessoa armada mata outra desarmada, a jurisprudência não configura a qualificadora por razão de política criminal (ex.: surpresa, disparo pelas costas, vítima desacordada).

3.1.5. Inciso V – para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime

O inciso refere-se às qualificadoras por conexão, que podem ser:

a) Teleológica

Quando a morte visa assegurar a execução de outro crime (ex.: matar o segurança para seqüestrar o empresário). Haverá concurso material entre o homicídio qualificado e o outro delito, salvo se houver crime específico no CP para esta situação (ex.: latrocínio, mata para roubar).

b) Conseqüencial

Ocorre quando a morte visa garantir:

- ocultação de outro *crime*;
- impunidade: evitar que alguém seja penalizado (ex. matar testemunha);
- vantagem (ex.: ladrões de banco – um mata o outro).

Na conexão teleológica, primeiro o agente mata e depois comete o outro crime. Na conseqüencial, primeiro comete o outro crime, depois mata.

Se o agente visa a garantia da execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de uma contravenção, será aplicada a qualificadora do motivo torpe ou fútil, conforme o caso. Não incide o inciso V, pois, esse se refere expressamente *a outro crime*.

3.2. Comentários

- Premeditação não é qualificadora.
- Homicídio de pessoa da mesma família não gera qualificadora, apenas agravante genérica do art. 61, II, "e".
- Parricídio: matar qualquer ascendente.
- Quando os jurados reconhecem duas ou mais qualificadoras, o juiz deve aplicar a pena utilizando-se de uma delas para qualificar e as outras como agravantes genéricas do art. 61 do Código Penal.

O art. 121, § 2.º, do Código Penal tem mais ou menos vinte qualificadoras.

No art. 61 há trinta circunstâncias agravantes. As vinte primeiras, desse artigo, são as vinte qualificadoras do art. 121, § 2.º. Há repetição de texto, motivo que enseja a utilização das qualificadoras excedentes como circunstâncias agravantes. O que não ocorre nos demais crimes em que se utiliza uma qualificadora e as outras são consideradas circunstâncias judicial do art. 59 do Código Penal.

As qualificadoras podem ser de duas espécies:

- *subjetivas*: referem-se aos motivos do crime (inc. I, II e V);
- *objetivas*: referem-se aos meios e modos de execução (inc. III e IV).

As qualificadoras se estendem aos co-autores ou partícipes?

Somente as *objetivas* se comunicam, desde que tenham ingressado na esfera de conhecimento do co-autor ou partícipe. As de caráter *subjetivo* são incomunicáveis, conforme dispõe o art. 30 do Código Penal.

O delito disposto no art. 121 do Código Penal pode ser qualificado e privilegiado ao mesmo tempo?

Sim, desde que as qualificadoras sejam *objetivas*, pois as hipóteses que tratam do privilégio são todas de natureza *subjetiva* – tornando-se inconciliáveis com as qualificadoras subjetivas.

No momento da quesitação, quando do julgamento pelo Júri, o privilégio é votado antes das qualificadoras (Súmula n. 162 do STF). Assim, se os jurados o reconhecerem, o juiz coloca em votação apenas as qualificadoras objetivas, já que as subjetivas ficam prejudicadas.

Atualmente, o homicídio qualificado é crime hediondo.

O homicídio privilegiado-qualificado é considerado crime hediondo?

Existem duas correntes:

- PROFESSOR DAMÁSIO: quando há agravante e atenuante genérica, deve se dar preponderância à circunstância de caráter subjetivo. Por analogia, concorrendo privilégio e qualificadora, prevalece o privilégio, já que, no caso, a qualificadora será obrigatoriamente objetiva. Como corolário, o crime não é hediondo.
- *Aceita pela jurisprudência*: inaplicável a analogia ao art. 67, porque qualificadora e privilégio são elementos que não se equivalem. Ao contrário do que ocorre com as agravantes e atenuantes genéricas. A qualificadora deve preponderar, porque modifica a própria estrutura típica do delito, alternando a pena *in abstrato*, enquanto que o privilégio é apenas causa de diminuição de pena.

4. HOMICÍDIO CULPOSO - ART. 121, § 3.°, DO CÓDIGO PENAL

Pena: detenção de 1 (um) a 3 (três) anos.

A morte decorre de imprudência, negligência ou imperícia.

- *Imprudência*: consiste numa ação, conduta perigosa.
- *Negligência:* é uma omissão quando se deveria ter tomado um certo cuidado.
- *Imperícia:* ocorre quando uma pessoa não possui aptidão técnica para a realização de uma certa conduta e mesmo assim a realiza, dando causa a morte.

Culpa concorrente: quando duas pessoas agem de forma culposa, provocando a morte de um terceiro. Ambos respondem pelo crime.

O fato de a vítima também ter agido com culpa não exclui a responsabilidade do agente. Não há compensação de culpas em Direito Penal.

5. AUMENTO DE PENA ART. 121, § 4.°, DO CÓDIGO PENAL

5.1. No Homicídio Culposo

A pena será aumentada de 1/3 (um terço):

a) Se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima

Só se aplica a quem agiu com culpa e não socorreu. Não se aplica o aumento:

- se a vítima está evidentemente morta;
- se a vítima foi socorrida de imediato por terceiro;
- quando o socorro não era possível por questões materiais, ameaça de agressão, etc.

b) Se o agente foge para evitar o flagrante

c) Se o agente não procurar diminuir as conseqüências de seu ato.

d) Se o crime resulta da inobservância de regra técnica de arte, profissão ou ofício.

Como diferenciá-la da imperícia? A diferença é que na imperícia o agente não possui aptidão técnica para a conduta, enquanto na causa de aumento o agente conhece a técnica, mas por descaso, desleixo, não a observa, provocando assim a morte.

5.2. No Homicídio Doloso

A pena será aumentada de 1/3, se a vítima for menor de 14 anos.

6. PERDÃO JUDICIAL - ART. 121, § 5.°, DO CÓDIGO PENAL

O Juiz poderá conceder o perdão judicial, deixando de aplicar a pena, quando as conseqüências do crime atingirem o próprio agente de forma tão grave que a imposição da mesma se torne desnecessária. Só na sentença é que poderá ser concedido o perdão judicial.

6.1. Natureza Jurídica do Perdão Judicial

Causa extintiva de punibilidade (art. 107, IX, do CP).

6.2. Natureza Jurídica da Sentença que Concede o Perdão Judicial

Tem natureza declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo seus efeitos.

Atualmente, a divergência que antes existia foi pacificada pela edição da Súmula n. 18 do Superior Tribunal de Justiça, que diz que a sentença é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer dos seus efeitos. Havendo dois réus, o juiz poderá conceder o perdão a apenas um deles.

7. HOMICÍDIO CULPOSO NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

Art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro: praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor.

Penas:

- Detenção de 2 a 4 anos – não cabe a suspensão condicional do processo (*sursis* – suspensão condicional da pena);
- Proibição ou suspensão da permissão para dirigir, ou da carteira de habilitação.

O prazo de proibição ou suspensão é fixado pelo juiz, podendo ir de 2 meses a 5 anos.

A proibição ou suspensão aplica-se ainda que o juiz tenha concedido o *sursis*.

Parágrafo único: causa de aumento de pena (1/3 a 1/2):

I - se o agente não tem permissão ou habilitação para dirigir;

II - se o crime ocorre na faixa de pedestre ou na calçada;

III - se o agente deixa de prestar socorro à vítima, quando possível;

IV - se o agente, no exercício de sua profissão ou atividade, está na condução de veículo de transporte de passageiros.

Art. 299 do Código de Trânsito Brasileiro – vetado. O perdão judicial foi vetado porque já constava no Código Penal . Apesar de ter sido vetado, é aplicável aos acidentes de trânsito.

MÓDULO XIII

DIREITO PENAL

DIREITO PENAL

1. INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO AO SUICÍDIO – ART. 122 DO CÓDIGO PENAL

Crime de participação em suicídio.

Suicídio é a supressão voluntária e consciente da própria vida. Havendo violência ou grave ameaça, o crime será de homicídio. A violência ou grave ameaça exclui a voluntariedade e, por conseqüência, o suicídio. O autor da coação responderá por homicídio. A fraude exclui a consciência quanto ao suicídio, portanto ocorrerá homicídio, respondendo o autor da fraude por esse delito.

1.1. Núcleos do Tipo

- *Induzir*: dar a idéia a alguém que ainda não tinha pensado em suicídio, ou seja, criar a idéia de suicídio na cabeça da vítima.
- *Instigar*: reforçar a idéia suicida preexistente.
- *Auxiliar*: participação material, já que o agente colabora com a própria prática do suicídio. Ex.: emprestar corda, arma, veneno etc. O auxílio deve ser acessório, ou seja, não poderá ser a causa direta da morte, pois, se for, o crime será de homicídio.

O induzimento e a instigação são formas de participação moral, enquanto o auxílio é forma de participação material.

Induzir, instigar e prestar auxílio à mesma vítima: o crime será único quando o agente realizar mais de uma conduta, pois trata-se de crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, ou ainda, tipo misto alternativo.

P: Pode ser praticado por omissão?

R: Em regra, não. Dependendo do caso, poderá ocorrer omissão de socorro. Mas para quem tem o dever jurídico de evitar o resultado e pode evitá-lo, há duas correntes:

- MIRABETE e MAGALHÃES NORONHA entendem que haverá o crime do art. 122 do Código Penal com fundamento no art. 13, § 2.º, do mesmo diploma;
- DAMÁSIO DE JESUS, FRAGOSO e FREDERICO MARQUES entendem que o art. 13, § 2.º, do Código Penal não pode ser aplicado, porque os verbos do art. 122 do Código Penal são incompatíveis com a figura omissiva. De acordo com essa visão, portanto, quem tem o dever jurídico de agir responderá por omissão de socorro, que será qualificada, pois houve morte.

1.2. Sujeito Passivo

Qualquer pessoa que tenha alguma capacidade de discernimento e resistência. Quem não pode ser vítima: criança e pessoas com desenvolvimento mental retardado. Esses casos caracterizarão homicídio.

1.3. Elemento Subjetivo

Dolo direto ou eventual. O exemplo de dolo eventual verifica-se no caso da pessoa que estimula outra a praticar roleta russa. Se várias pessoas praticam roleta russa, uns estimulando os outros, haverá crime se alguém morrer. Deve haver seriedade na conduta. Se alguém, por brincadeira, diz para outrem se matar, e ele se mata, não há dolo. Não há previsão legal de forma culposa no tipo do art. 122 do Código Penal. Livros ou músicas que possam estimular o suicídio não geram a responsabilidade de seus autores por ausência de dolo em relação a uma pessoa ou a pessoas determinadas.

Deve haver nexo causal (relação de causa e efeito) entre o auxílio prestado e o modo pelo qual a vítima se matou. Ex.: no caso de emprestar uma corda e a vítima se matar com um tiro, não há nexo, assim, aquele que emprestou a corda não responderá por auxílio ao suicídio.

1.4. Pena

No caso de morte, a pena será de dois a seis anos de reclusão; se a vítima sofrer lesão grave, de um a três anos de reclusão. Concluiu-se que o legislador não quis punir as outras hipóteses, como a lesão leve e a forma culposa.

1.5. Consumação

Ocorre quando a vítima morre ou sofre lesões graves. Consideram-se a lesão grave ou a morte elementares do crime (estas geralmente se encontram no tipo, mas, no crime do art. 122 do Código Penal, constam na pena).

Não cabe tentativa, uma vez que, na hipótese em que a vítima sofre lesão

grave, o crime se considera consumado, pois, como há pena autônoma, na parte especial não se utiliza o art. 14, inc. II, do Código Penal (tentativa).

Ocorrendo lesão leve, o fato será atípico.

1.6. Aumento de Pena – Art. 122, par. ún., do Código Penal

A pena será duplicada:

- quando praticado o crime por motivo egoístico;
- 1.ª parte: se a vítima for menor (18 anos – menoridade penal). Se a vítima, entretanto, em face da menoridade, não tiver qualquer capacidade para o entendimento, o crime será de homicídio.

P: Qual o critério para essa distinção?

R: Primeira corrente: a prova deve ser feita caso a caso. Segunda corrente: critério objetivo, ou seja, basta que a vítima tenha menos de 14 anos para ser considerado homicídio (por analogia ao art. 224 do Código Penal – analogia *in malan partem*, o que não se admite em Direito Penal);

- 2ª. parte: se a vítima, por qualquer causa, tiver diminuída sua capacidade de resistência. Atente-se à expressão “diminuída”, pois, se a capacidade da vítima for nula, haverá homicídio.

2. INFANTICÍDIO – ART. 123 DO CÓDIGO PENAL

2.1. Tipo Penal

Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após. Pena: detenção de dois a seis anos.

2.2. Elementares do Crime

- *Matar*: aplicam-se as regras do homicídio quanto a esse verbo (consumação, tentativa etc.).
- *Estado puerperal*: alteração psíquica que acontece em grande número de mulheres em razão de alterações orgânicas decorrentes do fenômeno do parto.

P: Deve ser provado o estado puerperal ou ele se presume?

R: Tem de ser provado por perícia médica, mas, se os médicos ficarem em dúvida sobre sua existência e o laudo for inconclusivo, será presumido o estado puerperal, aplicando-se o *in dubio pro reo*.

- *Próprio filho*: é o sujeito passivo, nascente ou recém nascido.

Se a mulher, por erro, mata o filho de outra, supondo ser o dela, responderá por infanticídio (art. 20, § 3.º, do Código Penal – erro quanto à pessoa).

Não são aplicadas as agravantes genéricas de crime contra descendente e de crime contra criança por constituírem elementos essenciais do crime.

- *Durante ou logo após o parto*: este é o elemento temporal, ou seja, o crime só poderá ser praticado em um determinado momento.

Considera-se início do parto a dilatação do colo do útero, e fim do parto, o nascimento.

A expressão "logo após" variará conforme o caso concreto, pois a duração do estado puerperal difere de uma mulher para outra.

Diferenças entre o infanticídio e o abandono de recém-nascido qualificado pela morte (art. 134, § 2.º, do Código Penal): no infanticídio existe dolo de matar e a mulher age em razão do estado puerperal, enquanto no abandono, o dolo é apenas o de abandonar o recém-nascido para ocultar desonra própria, e o evento morte decorre da culpa.

2.3. Sujeito Ativo

É a mãe que esteja sob estado puerperal (crime próprio).

P: É possível concurso de pessoas?

R: Sim, incide o art. 30 do Código Penal (não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime). O estado puerperal é uma circunstância de caráter pessoal, porém é elementar do crime de infanticídio, portanto alcança os participantes, que responderão pelo delito.

Há uma corrente que afirma ser o estado puerperal uma condição personalíssima, incomunicável. Mas a lei não fala em condição de caráter personalíssimo. Prevalece, todavia, a doutrina oposta, infanticídio para a mãe e para terceiro.

O infanticídio não possui forma culposa. Assim, se a morte da criança resulta de culpa da mãe, mesmo que esta esteja sob a influência do estado puerperal, o crime será de homicídio culposo (HUNGRIA e MIRABETE). Para uma segunda corrente (DAMÁSIO DE JESUS), estando a mulher sob a influência do estado puerperal, não se pode exigir dela uma conduta de cuidado (cuidado do homem comum) e prudência, sendo, portanto, atípico o fato (incompatibilidade entre a conduta culposa e o estado puerperal).

3. ABORTO – ARTS. 124 A 128 DO CÓDIGO PENAL

3.1. Conceito

É a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto. O aborto pode ser natural, acidental ou provocado (ele é criminoso ou é legal).

3.2. Aborto Criminoso (arts. 124 a 126 do Código Penal)

3.2.1. Art. 124 do Código Penal

Traz duas figuras que punem a mulher grávida. São dois casos de crime próprio, sendo o sujeito passivo sempre o feto.

- *Auto-aborto*: praticar aborto em si mesma.

- *Aborto consentido*: consentir que terceiro provoque aborto. O terceiro responderá pelo art. 126, que contém pena maior. Esta é uma exceção à regra de que todos que colaboram para um crime respondem nos mesmos termos de seu autor principal (exceção à teoria monista ou unitária. É uma exceção expressa).

A pena para quem provoca aborto com o consentimento da gestante é de um a quatro anos. Se ocorrer a morte da gestante, de dois a oito anos. O aumento é aplicável na hipótese de morte culposa, porque, se o agente tinha dolo em relação ao aborto e em relação à morte, haverá dois crimes autônomos (aborto e homicídio). O crime do art. 126 do Código Penal pressupõe que a autorização da mulher dure até a consumação do aborto.

P: É possível que terceiro responda pela prática de aborto sem o consentimento da gestante quando o consentimento foi dado e durou até a consumação?

R: Sim, nas cinco hipóteses do art. 126, par. ún., do Código Penal, que determinam que o consentimento deve ser desconsiderado: quando houver violência, grave ameaça ou fraude na obtenção do consentimento (vontade viciada); se a gestante for menor de 14 anos ou doente mental (ausência de capacidade de entendimento do ato).

- *Consumação*: o aborto consuma-se com a morte do feto.
- *Tentativa*: é possível.
- *Elemento subjetivo*: só existe na forma dolosa. Não existe crime autônomo de aborto culposo.

Quem, por imprudência, dá causa a um aborto responde por crime de lesão corporal culposa, sendo vítima a mulher (gestante). Porém, se foi a própria gestante que, por imprudência, deu causa ao aborto, o fato será atípico, já que não existe a autolesão.

Manobras abortivas em quem não está grávida constituem crime impossível por absoluta impropriedade do objeto.

O aborto é um crime de ação livre (pode ser praticado por qualquer meio), mas desde que seja um meio apto a provocar a morte do feto, caso contrário, haverá crime impossível.

Se a gravidez era de gêmeos e a pessoa que praticou o aborto não sabia, há crime único para evitar a responsabilidade objetiva. Se sabia que eram gêmeos, responde pelos dois crimes de aborto (concurso formal impróprio ou imperfeito: uma ação, dois resultados, cuja conseqüência é a soma de penas).

3.2.2. Art. 127 do Código Penal – forma qualificada

Se a gestante sofre lesão grave, a pena é aumentada em um terço.

Se a gestante morre, a pena é aumentada em dobro. Só vale para o aborto praticado por terceiro, consentido ou não pela gestante (arts.125 e 126).

A forma qualificada não é aplicada ao art. 124 por expressa disposição.

3.3. Aborto Legal – Art. 128 do Código Penal

Prevê duas hipóteses em que a provocação do aborto é permitida.

- *Natureza jurídica*: causa de exclusão de ilicitude.
- *Inc. I*: aborto necessário. Requisitos:
  - que seja feito por médico;
  - que não haja outro meio para salvar a vida da gestante.

Não se exige risco atual, como no estado de necessidade. Ante a simples constatação de que no futuro haverá perigo, poderá o aborto ser realizado desde logo. Havendo perigo atual, o aborto pode ser praticado por qualquer pessoa, aplicando-se nesse caso o estado de necessidade.

- *Inc. II*: aborto sentimental. Requisitos:
  - que seja feito por médico;
  - que a gravidez tenha resultado de estupro;
  - que haja o consentimento da gestante ou, se incapaz, de seu representante legal.

Não se exige a autorização judicial. Na prática, basta o boletim de ocorrência.

P: Como o art. 128, inc. II, do Código Penal só permite o aborto se a gravidez resultar de estupro, é permitido o aborto também quando a gravidez resultar de crime de atentado violento ao pudor?

R: A doutrina é unânime em dizer que sim. Aplica-se a analogia *in bonam partem* (em favor do causador do aborto). O atentado violento ao pudor é o único crime análogo ao estupro porque ambos são cometidos com violência ou grave ameaça e atingem o mesmo bem jurídico, que é a liberdade sexual.

DIREITO PENAL

Dos Crimes Contra a Pessoa

1. LESÕES CORPORAIS – ART. 129, DO CÓDIGO PENAL

Art. 129, *caput*, do Código Penal: "ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem".

Ofensa à integridade corporal consiste no dano anatômico prejudicial ao corpo humano. Exemplo: corte, queimadura, mutilações etc.

Observações:

- *Equimose:* constitui lesão. É a roxidão que fica na pele (rompimento dos vasos sangüíneos sob a pele).
- *Hematoma:* equimose onde houve um extravasamento de sangue maior, ocorrendo um inchaço. Caracteriza a lesão.
- *Eritema:* vermelhidão passageira na pele, não constitui lesão.
- *Dor:* também não é lesão.
- *Corte não autorizado de cabelo ou barba*: caracteriza lesão corporal, salvo se a intenção do agente for a de humilhar a vítima, quando será caracterizada injúria real.

Ofensa à saúde é a provocação de perturbações de caráter psicológico e/ou fisiológico. Exemplo: transmitir intencionalmente uma doença, paralisia momentânea etc.

A provocação de mais de uma lesão em um mesmo contexto caracteriza crime único.

1.1. Sujeito Ativo

Qualquer pessoa.

1.2. Sujeito Passivo

Qualquer pessoa, salvo no caso de autolesão – que a lei não pune, já que a figura típica é ofender a outrem. A autolesão pode, entretanto, constituir crime de outra natureza – autolesão para receber seguro (art. 171, § 2.º, inc. V, do CP), ou criação de incapacidade para frustar a incorporação militar (art. 184 do COM).

1.3. Consumação

No momento em que a vítima é atingida.

1.4. Tentativa

É possível. Difere da contravenção de vias de fato (art. 21 da LCP), pois, na tentativa, o agente quer lesionar a vítima, mas não consegue, ao passo

que as vias de fato se caracterizam por serem uma agressão na qual não resulta lesão, pois o agente não tinha essa intenção.

Se o agente agride sem a intenção de lesionar, mas lesiona, ocorre a lesão corporal culposa, que afasta as vias de fato.

1.5. Lesão Leve

Por exclusão, é toda lesão que não for grave e nem gravíssima. *Pena*: detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

1.5.1. Ação penal

O art. 88 da Lei n. 9.099/95 transformou a lesão corporal dolosa leve em crime de ação penal pública, condicionada à representação. A jurisprudência e a doutrina estenderam a exigência da representação para as vias de fato.

P.: O médico pode fazer uma cirurgia sem o consentimento do paciente?

R.: Se a cirurgia for de urgência (estado de necessidade), sim. Se a cirurgia não é de emergência, o médico deve obter o consentimento (exercício regular de um direito).

1.5.2. Lesão decorrente de esporte

Não há crime, desde que tenha havido respeito às regras do jogo (exercício regular de direito).

1.6. Lesão Grave – Art. 129, § 1.º, do Código Penal

Pena: de 1 (um) a 5 (cinco) anos de reclusão.

1.6.1. Inciso I – se resulta incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias

É necessário o exame complementar, realizado no primeiro dia após o período de 30 dias, para comprovar a materialidade da lesão grave (art. 168, § 2.º, do CPP).

Atividade habitual é qualquer atividade rotineira na vida da vítima, exceto a ilícita.

1.6.2. Inciso II – se resulta perigo de vida

É uma hipótese preterdolosa, o sujeito não quer a morte. O perito deve dizer claramente em que consistiu o perigo de vida, e o Promotor de Justiça deve transcrever na denúncia.

1.6.3. Inciso III – se resulta debilidade permanente de membro, sentido ou função.

Membros são os apêndices do corpo (braços e pernas). Exemplo: cortar o tendão do braço, causando perda parcial do membro.

Os sentidos são o tato, o olfato, a visão, o paladar e a audição. Exemplo: diminuição da capacidade de enxergar, ouvir etc.

A função consiste no funcionamento de órgãos ou aparelhos do corpo humano.

A debilidade é o enfraquecimento, a diminuição, a redução; deve ser permanente (não é a mesma coisa que perpétua), ou seja, é a lesão de recuperação incerta e improvável e cuja cessação eventual ocorrerá em data incalculável.

1.6.4. Inciso IV–- aceleração do parto

Caracteriza-se pela antecipação da data do nascimento. Pressupõe o nascimento com vida. Para evitar a responsabilidade objetiva, é necessário que o agente saiba que a mulher está grávida..

1.7. Lesão Gravíssima – Art. 129, § 2.º, do Código Penal

Pena: reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

1.7.1. Inciso I – se resulta incapacidade permanente para o trabalho

É mais específico que o § 1.º, inc. I. A incapacidade deve ser para todo e qualquer tipo de trabalho (posição majoritária). O Prof. MIRABETE diz que a incapacidade da vítima para o trabalho já qualifica o crime.

1.7.2. Inciso II – se resulta moléstia incurável

Transmissão intencional de uma doença para a qual não existe cura. Para uma corrente, a transmissão intencional de AIDS tipifica a tentativa de homicídio. Para outra, caracteriza lesão gravíssima, pela transmissão de moléstia incurável.

1.7.3. Inciso III – se resulta perda ou inutilização de membro, sentido ou função

- *por mutilação*: ocorre pela própria ação lesiva, é o corte de uma parte do corpo da vítima;
- *por amputação*: feita pelo médico, posteriormente à ação, para salvar a vida da vítima.

Na inutilização, o membro permanece ligado ao corpo da vítima, ainda que parcialmente, mas totalmente inapto para a realização de sua atividade própria. Observações:

- *Com relação aos membros:* o decepamento de um dedo ou a perda parcial dos movimentos do braço constitui lesão grave, ou seja, mera debilidade. Havendo paralisia total, ainda que seja de um só braço, ou se houver mutilação da mão, a lesão é gravíssima pela inutilização de membro.

- *Com relação aos sentidos:* há alguns sentidos que se perfazem por órgãos duplos (visão e audição). A provocação de cegueira, ainda que completa, em um só olho constitui apenas debilidade permanente. O mesmo ocorre com a audição.

- *Com relação à função:* temos como exemplo a perda da função reprodutora.

1.7.4. Inciso IV – se resulta deformidade permanente

Está ligado ao dano estético. Exemplo: queimadura por fogo, ácido (vitriolagem), ou cicatriz. Requisitos:

- Que o dano estético seja razoável, ou seja, de uma certa monta.

- Deve ser permanente, isto é, não se reverte com o passar do tempo. Se a vítima se submeter a uma cirurgia plástica e houver a correção, desclassifica-se o delito. Se a cirurgia plástica for possível, mas a vítima não a fizer, persiste o crime, pois a vítima não está obrigada a fazer a cirurgia. Se a deformidade surgiu de um erro médico, tem-se dois crimes (lesão dolosa em relação ao primeiro e lesão culposa em relação ao médico).

- Que a lesão seja visível.

- Que seja capaz de provocar impressão vexatória., A deformidade estética deve ser algo que reduza a beleza física da vítima.

1.7.5. Inciso V – se resulta aborto.

Hipótese exclusivamente preterdolosa. Há dolo na conduta de agredir e culpa em relação ao aborto. Porque, se houver dolo em relação ao aborto, o agente responde por lesão grave em concurso com aborto. É necessário que o agente saiba que a mulher está grávida. Isso para evitar a chamada responsabilidade objetiva.

1.8. Lesão Corporal Seguida de Morte – Art. 129, § 3.º, do Código Penal

Pena: reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

É também um crime preterdoloso no qual há dolo(na lesão) e culpa (no resultado morte).

Se não houver dolo na agressão (lesão), trata-se de homicídio culposo.

Caracterizará progressão criminosa se houver dolo inicial de lesão e, durante a execução, o agente resolver matar a vítima. Nesse caso, responderá pelo homicídio doloso (crime mais grave).

1.9. Lesão Corporal Privilegiada – Art. 129, § 4.º, do Código Penal

As hipóteses de privilégio das lesões corporais são as mesmas do homicídio privilegiado. O privilégio só se aplica nas lesões dolosas, e é uma causa de redução de pena de 1/6 a 1/3.

1.10. Substituição da Pena - Art. 129, § 5.º do Código Penal

"O juiz, não sendo graves as lesões, pode ainda substituir a pena de detenção pela de multa", nas seguintes hipóteses:

- quando as lesões forem leves;
- quando estiver presente uma das causas de privilégio;
- quando as lesões forem leves e recíprocas e nenhum dos envolvidos tenha atuado em legítima defesa, pois, se essa for verificada, haverá absolvição.

1.11. Lesão Corporal Culposa – Art. 129, § 6.º, do Código Penal

Aplicam-se todos os institutos do homicídio culposo, inclusive os que se referem às causas de aumento de pena e também às regras referentes ao perdão judicial (§§ 7.º e 8.º do art. 129 do CP).

A pena para lesão culposa é de 2 (dois) meses a 1 (um) ano de detenção.

No Código de Trânsito Brasileiro (art. 303), porém, a lesão corporal culposa, com o agente na direção de veículo automotor, recebe pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e suspensão da habilitação.

A composição quanto aos danos civis extingue a punibilidade, tanto da lesão culposa do Código Penal quanto do Código de Trânsito Brasileiro . Exige-se representação, porque a ação penal é pública condicionada. Na lesão culposa, não há figura autônoma decorrente da gravidade da lesão cujo grau (leve, grave ou gravíssimo) é irrelevante para caracterizar lesão corporal culposa, afetando apenas a tipificação da pena em concreto.

2. DA PERICLITAÇÃO DA VIDA E DA SAÚDE DE OUTREM

2.1. Perigo Para a Saúde ou Vida de Outrem – Art. 132 do Código Penal

2.2. Objetividade Jurídica

A vida e a saúde da pessoa.

2.3. Sujeito Ativo

Qualquer pessoa.

2.4. Sujeito Passivo

Qualquer pessoa. Não se exige qualquer vinculação ou ligação jurídica entre autor e vítima.

2.5. Tipo Objetivo

Expor alguém a perigo significa criar ou colocar a vítima em uma situação de perigo de dano. Trata-se de crime de ação livre, que admite qualquer forma de execução: "fechar" veículo, abalroar o veículo da vítima, desferir golpe com instrumento contundente próximo à vítima etc.

O crime em análise pode também ser cometido por omissões como, por exemplo, o caso de patrão que não fornece aparelhos de proteção a seus funcionários, desde que disso resulte situação concreta de perigo, já que o não cumprimento das normas de segurança, visto por si só, caracteriza contravenção penal do art. 19 da Lei n. 8.213/91 (legislação referente a benefícios previdenciários e acidentários).

É necessário, ainda, que o perigo seja:

- *Direto*: aquele que atinge pessoa(s) certa(s) e determinada(s). Trata-se, pois, de crime de perigo concreto, uma vez que exige prova de que o agente objetivava efetuar a conduta contra uma ou mais pessoas determinadas. Se o agente visa número indeterminado de pessoas, haverá crime de perigo comum previsto nos arts. 250 e ss. do Código Penal.

- *Iminente*: aquele que pode provocar imediatamente o dano; é o perigo imediato.

2.6. Pena

Ao tratar da pena desse delito, o legislador estabeleceu uma hipótese de subsidiariedade expressa, porque a lei diz que o agente somente responderá pelo art. 132 do Código Penal "se o fato não constitui crime mais grave".

Até pouco tempo, o agente que efetuasse disparo de arma de fogo próximo à vítima, na via pública, respondia pelo crime em estudo; caso efetuasse o disparo para cima, sem expor pessoa determinada a perigo, responderia apenas pela contravenção penal do art. 28 da LCP. Atualmente, entretanto, a solução não pode ser mais a mesma, já que houve alteração na legislação, com o advento da Lei do "Porte de Arma" (Lei n. 9.437/97) que, em seu art. 10, § 1.º, inc. III, tipificou como crime a conduta de "disparar arma de fogo ou acionar munição em local habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que o fato não constitua crime mais grave". Nesse último caso, de crime mais grave, a pena é de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa,, afastando-se a aplicação do art. 132 do Código Penal. Dessa forma, as hipóteses passaram a ser as seguintes:

- disparo próximo à pessoa determinada para gerar risco a ela, ou disparo efetuado para cima (sem visar pessoa determinada), caracterizam o crime mais gravoso da lei especial, desde que o fato ocorra na via pública ou em direção a ela;

- disparo efetuado em recinto fechado – se visa causar perigo à pessoa determinada, caracteriza o crime do art. 132; se não visa, é atípico;

- se o agente, em qualquer local, efetua o disparo com intenção de matar a vítima, mas não a atinge, responde por tentativa branca de homicídio.

É evidente também que, qualquer que seja o modo de execução, deixa de haver o crime de "perigo para a vida ou saúde de outrem" quando a vítima é atingida e sofre lesões graves ou morre. Nesses casos, o agente responderá por

lesões corporais ou homicídio, doloso (dolo eventual) ou culposo, dependendo da hipótese.

2.7. Causa de Aumento

A Lei n. 9.777/98 acrescentou um parágrafo único ao art. 132, estabelecendo uma causa de aumento de pena, de um 1/6 a um 1/3, se a exposição da vida ou da saúde de outrem decorrer do transporte da pessoa para a prestação de serviços em estabelecimento de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais.

É inegável que a finalidade do dispositivo é apenar mais gravemente os responsáveis pelo transporte de trabalhadores rurais (bóias-frias) que o fazem sem os cuidados necessários para evitar acidentes com vítimas. Pelo texto da lei, somente haverá aumento de pena se houver desrespeito às normas legais destinadas a garantir a segurança. Essas normas estão descritas no Código de Trânsito Brasileiro . O aumento da pena pressupõe também a ocorrência de perigo concreto.

2.8. Elemento Subjetivo

É o dolo de perigo em relação a pessoa(s) determinada(s). Não admite modalidade culposa. Havendo dolo de dano, o agente responderá por outro crime.

2.9. Consumação

No momento da prática do ato que resulta em perigo concreto.

2.10. Tentativa

É possível.

2.11. Concurso

Por se tratar de crime subsidiário, entende-se aplicável o concurso formal. Assim, ainda que com uma só conduta o agente exponha várias pessoas a uma situação de risco, haverá crime único.

2.12. Qualificação Doutrinária

Crime de perigo concreto, comum, doloso, de ação livre, comissivo ou omissivo, simples, instantâneo e subsidiário.

2.13. Ação Penal

Pública incondicionada.

3. RIXA – ART. 137, DO CÓDIGO PENAL

O art. 137, *caput*, trata da rixa simples – "participar de rixa, salvo para separar os contendores" – cuja pena é de detenção de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses, ou multa.

A rixa é uma luta envolvendo pelo menos 3 pessoas e que se caracteriza pelo tumulto, pela confusão, de tal forma que não se consegue distinguir a conduta de cada participante.

Cada envolvido visa atingir qualquer um dos demais e todos agem ao mesmo tempo, por isso, são todos autores e vítimas do mesmo crime.

É um crime de concurso necessário, de condutas contrapostas. Os crimes de concurso necessário podem ser de condutas paralelas (quadrilha ou bando), convergentes (adultério) ou contrapostas (rixa).

Para se computar o número mínimo de 3 contendores, leva-se em conta a participação dos inimputáveis na luta.

3.1. Núcleo

Participar é tomar parte efetiva na troca de agressões. Aquele que toma parte na troca de agressões é chamado de partícipe material ou partícipe da rixa.

Partícipe moral é aquele que não pratica a conduta, não toma parte na luta, mas estimula o crime, também chamado de partícipe do crime de rixa.

O partícipe moral não entra para o cômputo de número mínimo de 3 rixadores.

3.2. Consumação

O crime se consuma quando 3 pessoas, ou mais, começam a lutar. A doutrina entende que não há tentativa, trata o delito como instantâneo: ou a

briga se inicia e consuma a rixa, ou há indiferente penal. O Prof. DAMÁSIO, entretanto, tem uma opinião divergente, entendendo necessária a classificação da rixa:

- rixa *ex improviso*: quando surge de repente e para a qual não haveria possibilidade de tentativa;
- rixa *ex proposito*: há uma combinação de hora e local por parte dos envolvidos, hipótese em que seria possível a tentativa, no caso de a polícia impedir o início da briga.

P.: Os lutadores podem alegar legítima defesa?

R.: Se a pessoa entrou intencionalmente na rixa, está praticando uma ação ilícita, portanto, não pode alegar a legítima defesa (pois não há agressão injusta).

Não é necessário falar em legítima defesa para aquele que entra na luta querendo separar os demais, pois o próprio art. 137 do Código Penal exclui o delito nesse caso.

É possível alegar a legítima defesa para crime mais grave que possa ocorrer durante a rixa, mas quanto ao crime de rixa, esse já estará consumado.

Exemplo: os rixadores lutam sem arma; no meio da confusão, um deles saca uma faca em legítima defesa e um outro utiliza um revólver para contê-lo; esse último não responderá pelo homicídio ou pelas lesões que causar (porque acobertado pela justificante), porém será responsabilizado por rixa qualificada, assim como os demais contendores.

Se, durante a rixa, ocorrem lesões leves, essas são absorvidas.

A rixa é um crime de perigo e se caracteriza ainda que ninguém sofra lesões.

3.3. Rixa Qualificada

Para os participantes de rixa que resultar em lesão grave ou morte, o parágrafo único fixa pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. A pena é igual, tanto para lesão grave como para morte.

A rixa é qualificada para todos, até mesmo para quem não tenha dado causa ao resultado lesão grave ou morte. Basta participar da rixa que resulte em morte ou lesão corporal grave para responder pela forma qualificada. É uma hipótese de responsabilidade objetiva. A própria vítima das lesões graves responde por rixa qualificada. Se for identificado o causador direto da morte ou da lesão, os participantes da rixa respondem por rixa qualificada e o causador da morte ou lesão responde por homicídio ou lesão corporal (dolosa ou culposa) em concurso material com o crime de rixa qualificada. Ver exposição de motivos do CP para o crime de rixa.

A ocorrência de mais de uma morte não altera a característica: trata-se de uma única rixa qualificada.

Mesmo a pessoa que entra na rixa e dela se afasta antes do resultado agravador, responde por rixa qualificada, pois com seu comportamento anterior estimulou a troca de lesões que acabou levando à morte ou lesão corporal grave.

Responde por rixa simples a pessoa que entra na rixa após a consumação da morte ou da lesão grave.

MÓDULO XV

DIREITO PENAL

Praça Almeida Júnior, 72 – Liberdade – São Paulo – SP – CEP 01510-010
Tel.: (11) 3346.4600 – Fax: (11) 3277.8834 – www.damasio.com.br

1. CRIMES CONTRA HONRA

1.1. Observações Gerais

Se a ofensa foi praticada com objetivo eleitoral ou de propaganda eleitoral, serão aplicados os arts. 324 a 326 do Código Eleitoral.

Se a ofensa foi feita pela imprensa (jornal, televisão, revista), será enquadrada nos crimes da Lei de Imprensa descritos nos arts. 20 ao 22.

Fora dessas hipóteses, aplica-se o Código Penal.

1.1.1. Conceito de honra

É o conjunto de atributos físicos, morais e intelectuais que tornam uma pessoa merecedora de apreço no convívio social e que promovem sua auto-estima.

1.1.2. Honra objetiva

É o conceito que o grupo social tem acerca dos atributos de alguém.

A calúnia e a difamação atingem a honra objetiva. Somente se consuma quando terceira pessoa toma conhecimento do que foi falado.

1.1.3. Honra subjetiva

É o conceito que cada um tem acerca de si mesmo (amor próprio, auto-estima). Somente a injúria atinge a honra subjetiva. Só se consuma quando a própria vítima vier a tomar conhecimento da ofensa.

1.2. Diferença entre Calúnia, Difamação e Injúria

1.2.1. Calúnia – art. 138 do Código Penal

- Imputar, atribuir a alguém a prática de um ato.
- O fato imputado deve ser definido como *crime*; pode até ser imputação de crime prescrito.
- A imputação deve ser *falsa* e pode se referir:
    - à própria existência do crime imputado (atribuir a alguém fato que não ocorreu);
    - à autoria (atribuir fato verdadeiro a alguém que não seja seu autor).

Observação: A imputação de fato contravencional caracteriza apenas a difamação. *Atenção*: cuidado com o porte de arma, que deixou de ser contravenção e passou a ser tratado como crime pela Lei n. 9.437/97.

1.2.2. Difamação – art. 139 do Código Penal

- Também consiste na imputação a alguém da prática de um ato.
- O fato deve ser ofensivo à reputação da vítima. É aquele que tem o poder de diminuir o conceito que uma pessoa goze perante determinado grupo. A imputação não precisa ser falsa, como na calúnia, admite-se a atribuição de fato verdadeiro.

1.2.3. Injúria – art. 140 do Código Penal

- Não imputa fato.
- Atribui-se a alguém uma qualidade negativa.
- Ofensiva à dignidade ou decoro.

A injúria consiste em qualquer xingamento ofensivo.

Ofender a dignidade é atingir os atributos morais da vítima.

A ofensa ao decoro atinge os atributos físicos e intelectuais.

1.3. Considerações Gerais

A figura da calúnia – prevista no art. 138, *caput*, do Código Penal– pune o primeiro caluniador ou caluniador originário, quer tenha ele agido com dolo direto em relação à falsidade, quer tenha agido com dolo eventual.

Por outro lado, aquele que ouve a calúnia e, sabendo que se trata de afirmação falsa, a espalha e divulga, incide no subtipo da calúnia – previsto no art. 138, § 1.º, do Código Penal– que tem a mesma pena do *caput*. Essa figura não admite o dolo eventual, em razão da exigência que o tipo faz de que o sujeito saiba da falsidade.

Aquele que ouve uma difamação e a espalha comete nova difamação, porque não há um subtipo semelhante ao da calúnia.

Os crimes contra a honra são considerados crimes de ação livre, pois podem ter qualquer forma de execução (oral, escrita, por gestos ou símbolos).

Quando a injúria é cometida com violência ou vias de fato, que por sua natureza ou meio empregado é considerada aviltante (humilhante, apta a envergonhar, ofender), estará configurado o crime de injúria real (forma qualificada).

O art. 140, § 2.º, do Código Penal trata da pena, dizendo que, se da violência resultar lesão, ainda que de natureza leve, haverá a soma das penas. O acréscimo decorre de regra explícita na parte especial e não de concurso material, já que há, no caso, concurso formal.

A Lei n. 7.716/89 estabelece crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

O art. 140, § 3.º, do Código Penal (introduzido pela Lei n. 9.459, de 13.5.1997) pune – com reclusão, de 1 a 3 anos, e multa – a ofensa (injúria) referente à raça, cor, origem, religião ou etnia.

P.: Como conciliá-los?

R.: Os xingamentos referentes à raça ou cor da vítima tipificam o crime de injúria qualificada, pois a Lei do Racismo pressupõe uma espécie de segregação em função da raça ou da cor da pessoa. Exemplos: proibir alguém de freqüentar um clube, não permitir a entrada em estabelecimento etc.

P.: Qual a diferença entre calúnia e a denunciação caluniosa (art. 339 do CP)?

R.: A calúnia é um crime contra a honra que se configura quando o agente afirma a terceiros que alguém cometeu um crime. Na denunciação caluniosa, que é um crime contra a administração da justiça, o agente dá causa ao início de uma investigação policial ou de um processo penal contra alguém, imputando-lhe crime ou contravenção do qual é inocente.

P: Qual a diferença entre injúria e desacato (art. 331 do CP)?

R.: A injúria é uma ofensa contra qualquer pessoa, enquanto o desacato é uma ofensa contra funcionário público no exercício de suas funções ou em razão dela.

P.: Existe injúria contra funcionário público?

R.: Sim, tanto que o art. 141, inc. II, do Código Penal manda aumentar a pena em 1/3 (um terço) quando a ofensa é contra funcionário público e refere-se ao desempenho de suas funções.

P.: Qual a diferença entre desacato e injúria contra funcionário público em razão de suas funções?

R.: O desacato é um crime que se caracteriza na presença do funcionário público, e a injúria contra funcionário público só pode ser praticada em sua ausência. A injúria pode ser praticada na presença ou ausência da vítima, porém a injúria contra funcionário público só pode ser praticada na sua ausência, já que, na sua presença, configura o crime autônomo de desacato.

P.: Existe perdão judicial nos crimes contra a honra?

R.: Apenas na injúria, nos termos do art. 140, § 1.º, do Código Penal. Porém só no caso de injúria simples, devido a colocação dos parágrafos. Hipóteses:

- quando o ofendido, de forma reprovável e direta, provocou a ofensa;
- no caso de retorsão imediata, consistente em outra injúria (revide).

1.4. Exceção da Verdade

1.4.1. Calúnia

Na calúnia, a imputação deve ser falsa e, por isso, o art. 138, § 3.º, do Código Penal permite que o querelado, no mesmo processo, prove que a imputação por ele feita era verdadeira. Caso consiga fazê-lo, será absolvido por atipicidade de conduta (porque a falsidade integra a descrição do tipo); se o

crime for de ação penal pública e não estiver prescrito, serão remetidas cópias ao Ministério Público para que tome as providências pertinentes.

A exceção da verdade é uma questão incidental, seu procedimento está previsto no Código de Processo Penal, arts. 519 a 523.

Na calúnia, admite-se a exceção da verdade, salvo as vedações feitas pelo legislador nos incisos do artigo em estudo:

- se o crime imputado for de ação privada e o ofendido não foi condenado por sentença com trânsito em julgado;
- se a ofensa for contra o Presidente da República ou contra chefe de governo estrangeiro;
- se, do crime imputado, ainda que de ação pública, já foi o ofendido absolvido por sentença transitada em julgado – essa vedação existe ainda que o querelado alegue possuir novas provas e que a absolvição tenha ocorrido por insuficiência probatória.

Há, entretanto, entendimento no sentido de que essas vedações ferem o princípio constitucional da ampla defesa.

1.4.2. Difamação

Como existe difamação mesmo que a imputação seja verdadeira, a lei não prevê a exceção da verdade nesse crime. Há, porém, uma hipótese admitida no parágrafo único do art. 139 do Código Penal – quando a difamação for contra funcionário público em razão de suas funções. A prova

da verdade, nessa hipótese, excluirá a ilicitude e não a tipicidade, porque a falsidade do fato não integra o tipo, como ocorre na calúnia.

1.4.3. Injúria

Na injúria, nunca é possível a exceção da verdade. Isso porque não se imputa fato, o que torna impossível a prova da verdade.

1.5. Tentativa

Só é possível na forma escrita.

1.6. Sujeito Ativo

Em regra, qualquer pessoa. Porém, certas pessoas gozam de imunidade e, portanto, não praticam crime contra a honra:

- Art. 53 da Constituição Federal: imunidade material dos deputados e senadores, que são invioláveis por suas palavras, votos e opiniões. Não vale só dentro do Congresso Nacional, mas deve ser relacionada com as funções parlamentares;

- Art. 29, inc. VIII, da Constituição Federal: os vereadores também possuem essa imunidade, desde que exista um nexo entre a ofensa e sua função e que o fato ocorra no Município em que o vereador exerce seu mandato;

- Os advogados, no exercício de suas atividades, possuem imunidade, mas somente quanto à injúria e à difamação (art. 133 da CF/88 c. c. art. 7.º, § 2.º, da Lei n. 8.906/94 – Estatuto da OAB).

1.7. Sujeito Passivo

Qualquer pessoa, até mesmo o desonrado, pode ser sujeito passivo nos crimes contra a honra, pois não se pode conceber a existência de uma pessoa integralmente desonrada.

O morto pode ser vítima só de calúnia (art. 138, § 2.º, do CP), sendo sujeito passivo os seus sucessores.

Menores e loucos (doentes mentais) podem ser vítimas de todos os crimes contra a honra. Porém, com relação à injúria, que atinge a honra subjetiva, exige-se capacidade de entender o significado do que lhe foi alegado, caso contrário, não haverá delito.

1.8. Pessoa Jurídica

Não podia ser caluniada, pois não praticava fato definido como crime, mas, com o advento da Lei n. 9.605/98, que prevê os crimes contra o meio ambiente, passou a ser possível caluniar a pessoa jurídica, imputando-lhe falsamente a prática de crime ambiental.

Pode ser vítima de difamação, pois goza de reputação, de honra objetiva.

Não pode ser vítima de injúria, já que não tem honra subjetiva. Eventual ofensa será contra seus diretores.

1.9. Disposições Gerais dos Crimes Contra a Honra

1.9.1. Causas de aumento de pena – art. 141 do Código Penal

O art. 141 do Código Penal determina o acréscimo de 1/3 (um terço) da pena de todos os crimes contra a honra:

- se a ofensa for contra o Presidente da República ou contra chefe de governo estrangeiro (trata-se de ofensa pessoal – se verificada motivação política, haverá crime contra a Segurança Nacional, Lei n. 7.170/83);
- se a ofensa for contra funcionário público em razão de sua função (não precisa estar no exercício das funções). Ainda que o funcionário esteja de folga, se a ofensa se referir às funções que exerce, haverá o aumento da pena – o aumento não incide quando a vítima não é mais funcionário público. Ex.: aposentado).

Quando a ofensa é feita na presença de várias pessoas (no mínimo três – pois quando a lei quer se referir a duas ou quatro pessoas o faz expressamente. Ex.: art. 157, § 2.º, inc. II e art. 288 do CP). Nesse número não se incluem os autores do crime, nem a vítima e nem aqueles que não podem entender o significado do que foi falado.

- Se o agente usa qualquer meio que facilite a divulgação. Exemplos: cartazes, panfletos, alto-falante etc. A imprensa não é um exemplo, pois está previsto na Lei de Imprensa que é um crime mais grave.

A pena será aplicada em dobro se a ofensa for praticada mediante paga ou promessa de recompensa.

1.9.2. Hipóteses de exclusão de ilicitude – art. 142 do Código Penal

Há três hipóteses de exclusão da ilicitude aplicáveis somente para a injúria e a difamação:

I – Quando a ofensa é feita em Juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador.

Em Juízo significa qualquer Juízo (trabalhista, civil, penal etc.), não se aplicando ao inquérito policial, à CPI, ao inquérito civil etc.

Na discussão da causa implica a existência de um nexo de causalidade entre a ofensa feita e o ponto tratado nos autos. Exclui-se a ilicitude da conduta, independentemente da pessoa ofendida, até mesmo o juiz. Há, entretanto, opinião divergente no sentido de que a ofensa contra o juiz caracteriza o crime, por ser necessário respeito à pessoa que preside o processo de forma imparcial.

Pela parte ou pelo procurador trata da possibilidade da exclusão da ilicitude do ato praticado por terceiro interveniente, pois a palavra "parte" é usada em sentido amplo.

O art. 7.º, § 2.º, do Estatuto da OAB traz norma mais abrangente para os advogados, estabelecendo que não cometem injúria ou difamação (ficou de fora a calúnia) em Juízo ou *fora dele*, quando no exercício regular de suas atividades. Amplia a exclusão da ilicitude para as hipóteses de inquérito policial, inquérito civil, CPI etc.

II - Na opinião desfavorável feita pela crítica artística, literária ou científica, salvo quando evidente a intenção de ofender. Esse inciso é aplicável quando a opinião desfavorável é emitida em palestras, livros etc., porque, quando feita na imprensa, aplica-se a Lei de Imprensa (art. 37, inc. I).

III - No conceito desfavorável emitido por funcionário público no desempenho de suas funções.

O parágrafo único do artigo analisado diz que, nas hipóteses dos incs. I e III, responde pelo crime quem dá publicidade ao fato.

1.9.3. Retratação – art. 143 do Código Penal

Trata-se de causa extintiva da punibilidade, prevista no art. 107, inc. VI, do Código Penal. Só é possível na calúnia e na difamação. A retratação na injúria não gera nenhum efeito processual.

Retratar significa retirar o que foi dito. A retratação não precisa ser aceita para gerar efeitos, basta que seja completa e incondicional.

Se há dois ofensores e apenas um se retrata, por ser circunstância de caráter subjetivo, não haverá comunicação, não aproveitará ao outro.

A retratação gera efeito até a sentença (de primeiro grau). Após, será inócua.

A retratação, nos crimes contra a honra , só é possível nos crimes de ação privada, pois o artigo se refere ao “querelado”. Há, porém, uma hipótese de retratação, em crime de ação penal pública, prevista no art. 342, § 3.º (crime de falso testemunho).

1.9.4. Pedido de explicações – art. 144 do Código Penal

Quando uma ofensa não mostrar explicitamente a intenção de caluniar, difamar ou injuriar, deixando dúvida quanto à sua significação, é permitido àquele que se julgar ofendido pedir explicações em Juízo. É uma medida preliminar, porém, não obrigatória para propositura da ação penal. Recebido o pedido, o juiz designará audiência para que o ofensor esclareça suas afirmações.

O pedido de explicações se equipara a uma notificação judicial– não há julgamento, porque não comporta juízo de valor. Oferecida a resposta ou mesmo sem essa, o juiz entregará os autos ao requerente para que tome as providências que entender pertinentes.

A interposição desse pedido não interrompe o prazo decadencial (prazo decadencial nunca se interrompe).

O pedido de explicações torna o Juízo prevento para eventual propositura da queixa-crime.

O art. 144, segunda parte, do Código Penal estabelece que o ofensor que não oferece resposta ou, a critério do juiz, não as dá de forma satisfatória, responde pela ofensa.

1.9.5. Ação penal nos crimes contra a honra – art. 145 do Código Penal

A regra é a ação penal privada, que comporta três exceções:

- Se a ofensa for contra o Presidente da República ou contra chefe de governo estrangeiro, a ação é pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça.

- Se a ofensa for contra funcionário público em razão de suas funções, a ação penal é pública condicionada à representação. O STF, no entanto, admite a ação penal privada, fundamentando que a ação penal pública condicionada é um benefício trazido pela lei ao funcionário ofendido em razão de suas funções, para que não tivesse gastos com o processo, podendo aquele abdicar desse direito e propor a queixa-crime.

- No crime de injúria real, se a vítima sofrer lesões, o agente responderá pelos dois crimes (injúria e lesões), ainda que as lesões sejam leves. A ação penal é pública incondicionada. Atente-se que a Lei n. 9.099/95 transformou a lesão leve em crime de ação penal pública condicionada. Então, se na injúria real houver lesões leves, a ação penal passa a ser pública condicionada. Se ocorrer vias de fato, a ação penal será privada, seguindo a regra do *caput* do art. 145 do Código Penal.

P.: Qual o efeito do perdão do ofendido, funcionário público, injuriado em razão de sua função?

R.: Nenhum, pois a ação em andamento é pública (vítima é o funcionário público) e o perdão gera efeito somente na ação penal privada.

1.9.6. Formas de ofensa (calúnia, difamação e injúria)

- *Ofensa explícita ou inequívoca*: é a direta, que não deixa margem de dúvida quanto ao seu significado e seu teor ofensivo.
- *Implícita* ou *equívoca*: aquela que não deixa claro o significado e o seu teor ofensivo. Nessa cabe o pedido de explicação.
- *Reflexa*: ocorre quando uma pessoa quer ofender alguém, mas, na narrativa, acaba atingindo outra pessoa.

2. CRIMES CONTRA A LIBERDADE PESSOAL

2.1. Constrangimento Ilegal – Art. 146 do Código Penal

Trata-se de tipo subsidiário que se configura se não for verificado crime mais grave. Ex.: arts. 158; 161, inc. II; 213; 214 e 219, todos do Código Penal.

Caracteriza-se quando o agente emprega violência, grave ameaça ou qualquer outro recurso que reduza a capacidade de resistência da vítima, para obrigá-la a fazer algo que a lei não manda ou deixar de fazer algo que a lei permite.

O uso de soníferoe hipnose, podem ser considerados exemplos de recursos utilizados pelo agente para constranger a vítima.

A pena é detenção, de 3 meses a 1 ano, ou multa.

A competência é do JECrim.

2.1.1. Crimes mais graves que absorvem o constrangimento ilegal

- Roubo e extorsão.

A extorsão difere do constrangimento ilegal porque pressupõe intenção de lucro indevido.

- Estupro e atentado violento ao pudor.

Quando a mulher obriga o homem a ter com ela conjunção carnal, pratica constrangimento ilegal, porque o sujeito ativo do crime de estupro é somente o homem.

2.1.2. Aumento da pena

O § 1.º do art. 146 dispõe que as penas serão aplicadas cumulativamente e em dobro nas seguintes hipóteses:

- Se para a execução do crime reúnem-se mais de 3 pessoas;
- Se há emprego de armas; não se exige mais de uma arma, porque a lei faz menção ao gênero e não ao número.

O § 2.º do art. 146 traz uma hipótese de concurso material– se da violência resultarem lesões corporais – em que o agente responderá pelos dois crimes.

Na realidade, há concurso formal, mas a lei manda somar as penas.

2.1.3. Causas especiais de exclusão da tipicidade

O § 3.º do art. 146 diz que não haverá crime:

- na realização de intervenção médica ou cirúrgica, ainda que contra a vontade do paciente ou seu representante, se justificada por iminente risco de vida;
- na coação empregada para impedir suicídio.

2.1.4. Observações

A utilização de violência ou de grave ameaça, para obtenção de confissão ou declaração, constitui crime de tortura (art. 1.º, inc. I, “a”, da Lei n. 9.455/97) e não constrangimento ilegal.

Quem empregar violência ou grave ameaça para obrigar a vítima a cometer um crime, responderá por esse crime (praticado pela vítima) e pelo delito de tortura – art. 1.º, inc. I, “b”.

Antes dessa lei, o agente respondia por constrangimento ilegal.

Se o agente obrigar a vítima a cometer contravenção, responderá pela contravenção e pelo delito de constrangimento ilegal.

2.2. Ameaça – Art. 147 do Código Penal

“Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio, de causar-lhe mal injusto e grave.

Pena: detenção de 1 a 6 meses ou multa”.

Segue o rito da Lei n. 9.099/95 – JECrim.

É crime de ação penal pública condicionada à representação.

Trata-se de tipo subsidiário – fica sempre absorvido quando o fato constituir crime mais grave.

O crime de ameaça pode ser praticado por palavra, escrito, gesto ou qualquer outro meio simbólico.

O mal a ser provocado tem de ser injusto, grave e verossímil.

Mal grave é aquele que atinge um bem jurídico relevante. Ex.: ameaça de morte, de agressão, de demissão, de colocar fogo na casa.

O mal injusto configura elemento normativo, dependendo da análise do juiz, caso a caso.

Verossímil é a promessa de mal capaz de ser cumprida.

Não é necessário que o agente queira concretizar o mal prometido à vítima, porque a intenção é de amedrontá-la; no entanto, deve ser possível cumprir a ameaça, caso contrário, ela deixa de ser verossímil.

P.: Se o agente estiver embriagado ou tomado por ira, há crime?

R.: Existem 2 correntes:

- Não há crime, pois a ameaça deve causar fundado temor à vítima;
- Há crime, pois o art. 28 do Código Penal estabelece que a embriaguez e a emoção não excluem o crime.

A posição majoritária é a primeira, que entende que não há crime.

Obs.: A mesma polêmica é encontrada no crime previsto no art. 331 do Código Penal (desacato).

2.3. Seqüestro ou Cárcere Privado – Art. 148 do Código Penal

"Privar alguém de sua liberdade mediante seqüestro ou cárcere privado.

Pena: reclusão de 1 a 3 anos".

Trata-se de tipo subsidiário, será aplicado sempre que a infração não constituir crime mais grave. Importa na privação da liberdade de ir e vir de alguém. Difere da extorsão mediante seqüestro porque, nessa, a privação da liberdade tem como finalidade a obtenção de uma vantagem econômica, não prevista no delito do art. 148do Código Penal.

Não se confunde também com o rapto violento, em que a privação da liberdade tem como sujeito passivo a mulher honesta e a finalidade específica de praticar atos libidinosos.

O delito descrito no art. 148 do Código Penal é crime permanente, o que possibilita a prisão em flagrante a qualquer momento.

A consumação ocorre com a privação da liberdade da vítima.

Não é requisito que a vítima seja levada a um local; pode não haver deslocamento, mas mera retenção.

A tentativa é possível, desde que o sujeito não consiga privar a vítima da liberdade.

2.3.1. Diferença entre seqüestro e cárcere privado

- No seqüestro, a vítima tem a possibilidade de andar. Está, por exemplo, em um galpão, em uma casa ou quarto.
- No cárcere privado, não há possibilidade de a pessoa se movimentar. Exemplos: é amarrada em uma árvore, colocada no porta-malas de um carro etc.

2.3.2. Qualificadoras

O § 1.º do art. 148 dispõe que a pena é de 2 a 5 anos de reclusão se:

- o agente é cônjuge, ascendente ou descendente da vítima;
- o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital, podendo ser cometido por qualquer pessoa, inclusive o médico;
- a privação da liberdade dura mais de 15 dias.

Pelo § 2.º do artigo em exame, a pena será de reclusão de 2 a 8 anos se:

- resultar à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral. Exemplo: ficar privada de comida, água, condições mínimas de higiene etc.

Se a vítima sofrer lesão grave ou morrer em razão dos maus-tratos, o agente responderá por lesão corporal grave ou homicídio em concurso material

com o crime de seqüestro (simples). Serão aplicadas as penas dos dois crimes autônomos, mas sem a qualificadora do parágrafo em questão para não haver *bis in idem.*

MÓDULO XVI

DIREITO PENAL

Crimes Contra o Patrimônio

DIREITO PENAL

Crimes Contra o Patrimônio

1. FURTO – ART. 155 DO CÓDIGO PENAL

1.1. Furto Simples

Caput: "Subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel:

Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa."

1.1.1. Elementos

a) Subtrair: tirar algo de alguém, desapossar

Pode ocorrer em dois casos:

- tirar algo de alguém;
- receber uma posse vigiada e sem autorização levar o bem, retirando-o da esfera de vigilância da vítima.

Conclui-se que a expressão engloba tanto a hipótese em que o bem é tirado da vítima quanto aquela em que a coisa é entregue voluntariamente ao agente e este a leva consigo.

Essa modalidade difere da apropriação indébita porque nesta a posse é desvigiada. Ex.: caixa de supermercado, tem a posse vigiada, se pegar dinheiro praticará furto.

***b) Ânimo de assenhoramento definitivo do bem, para si ou para outrem* (animus rem sibi habendi)**

Trata-se do elemento subjetivo específico do tipo. Não basta apenas a vontade de subtrair (dolo geral): a norma exige a intenção específica de ter a coisa, para si ou para outrem, de forma definitiva.

É esse elemento que distingue o crime de furto e o furto de uso (fato atípico). Para a sua caracterização é necessário que o agente tenha intenção de uso momentâneo e que restitua a coisa imediata e integralmente à vítima.

c) Coisa alheia móvel (objeto material do tipo)

- *Coisa móvel:* aquela que pode ser transportada de um local para outro. O Código Civil considera como imóvel alguns bens móveis, como aviões, embarcações, o que para fins penais é irrelevante.

Os semoventes também podem ser objeto de furto, como, por exemplo, o abigeato, ou seja, o furto de gado.

Areia, terra (retirados sem autorização) e árvores (quando arrancadas do solo) podem ser objeto de furto, desde que não configure crime contra o meio ambiente.

A coisa deve ser *alheia* (elemento normativo do furto).

O furto é um tipo anormal porque contém elemento normativo que exige juízo de valor. Coisa alheia é aquela que tem dono; dessa forma, não constituem objeto de furto a *res nullius* (coisa de ninguém, que nunca teve dono) e a *res derelicta* (coisa abandonada). Nessas hipóteses, o fato será atípico porque a coisa não é alheia.

A coisa perdida (*res desperdicta*) tem dono, mas não pode ser objeto de furto porque falta o requisito da subtração; quem a encontra e não a devolve não está subtraindo - responderá por apropriação de coisa achada, tipificada no art. 169, par. ún., inc. II, do Código Penal.

A coisa só é considerada perdida quando está em local público ou aberto ao público. Coisa perdida, por exemplo, dentro de casa, dentro do carro, se achada e não restituída ao proprietário, caracterizará crime de furto.

- *Coisa de uso comum:* (água dos mares, ar atmosférico etc.) não pode ser objeto de furto, exceto se estiver destacada de seu meio natural e for explorada por alguém. Ex.: água da Sabesp.

Não confundir com *furto de coisa comum*, art. 156 do Código Penal, que ocorre quando o objeto pertence a duas ou mais pessoas nas hipóteses de sociedade, condomínio de coisa móvel e co-herança. É crime de ação penal pública condicionada à representação.

O art. 155, § 3.º, do Código Penal trata do *furto de energia*. Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica, bem como qualquer outra forma de energia com valor econômico. Esse dispositivo é uma norma penal explicativa ou complementar (esclarece outras normas; na hipótese, define como objeto material do furto, a energia).

A TV a cabo está sendo equiparada.

O sêmen é considerado energia genética e sua subtração caracteriza o delito de furto.

Ser humano não pode ser objeto de furto, pois não é coisa.

A subtração de cadáver ou parte dele tipifica o delito específico do art. 211 do Código Penal (destruição, subtração ou ocultação de cadáver). O cadáver só pode ser objeto de furto quando pertence a uma instituição e está sendo utilizado para uma finalidade específica. Ex.: faculdade de medicina, institutos de pesquisa.

A subtração de órgão de pessoa viva ou de cadáver, para fins de transplante, caracteriza crime da Lei n. 9.434/97.

Cortar o cabelo de alguém para vender, não configura furto, mas sim, lesão corporal.

No caso de alguém retirar dente de ouro ou paletó do cadáver, há dois entendimentos:

Esses bens possuem dono, que são os sucessores do falecido, por isso tratam-se de coisa alheia que pode ser furtada, caracterizando o crime de furto que terá como sujeito passivo os familiares do *de cujus*.

Os bens equivalem à coisa abandonada, por não haver interesse por parte dos sucessores em recuperá-los. Assim, o crime não é o de furto, mas o de violação de sepultura – art. 210 do Código Penal.

1.1.2. Sujeito ativo

Pode ser qualquer pessoa, exceto o dono, porque o tipo exige que a coisa seja *alheia*.

Subtrair coisa própria, que se encontra em poder de terceiro, em razão de contrato (mútuo pignoratício) ou de ordem judicial (objeto penhorado), acarreta o crime do art. 346 do Código Penal (tirar, suprimir, destruir ou danificar coisa própria, que se acha em poder de terceiro por determinação judicial ou convenção). Este crime não tem nome; é um subtipo do exercício arbitrário das próprias razões.

O credor que subtrair bem do devedor, para se auto-ressarcir de dívida já vencida e não paga, pratica o crime de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP). Não responde por furto porque não agiu com intenção de causar prejuízo.

Se alguém, por erro, pegar um objeto alheio pensando que lhe pertence, não responderá por furto em razão da incidência do erro de tipo.

1.1.3. Sujeito passivo

É sempre o dono e, eventualmente, o possuidor ou detentor que sofre algum prejuízo.

O agente que furta um bem que já fora anteriormente furtado responde pelo delito, que terá como vítima não o primeiro furtador, mas o dono da coisa.

Pessoas jurídicas podem ser vítimas de furto, porque o seu patrimônio é autônomo do patrimônio dos sócios.

1.1.4. Consumação

O furto consuma-se mediante dois requisitos:

- retirada do bem da esfera de vigilância da vítima;
- posse tranqüila do bem, ainda que por pouco tempo.

Se, na fuga, o agente se desfaz ou perde o objeto, que não venha a ser recuperado pela vítima, consuma-se o delito, pois a vítima sofreu efetivo prejuízo. É exceção à exigência de que o agente tenha posse tranqüila do bem.

Quando há concurso de agentes, se o crime está consumado para um, está também consumado para todos – adoção da teoria unitária. Ex.: dois ladrões furtam uma carteira, um foge com o bem e o outro é preso no local: o crime está consumado para ambos.

1.1.5. Tentativa

É possível, até mesmo na forma qualificada, com exceção do § 5.º do art. 155 do Código Penal.

O fato de ter havido prisão em flagrante não implica, necessariamente, que o furto seja tentado, como, por exemplo, o caso do flagrante ficto (art. 302, IV, do CPP), que permite a prisão do agente encontrado, algum tempo depois da prática do crime com papéis, instrumentos, armas ou objetos (PIAO) que façam presumir ser ele o autor do crime.

1.1.6. Concurso de delitos

A violação de domicílio fica absorvida pelo furto praticado em residência por ser crime meio (princípio da consunção).

Se o agente, após a subtração, danifica o bem subtraído, responde apenas pelo furto, sendo o dano um *post factum* impunível, pois a segunda conduta delituosa não traz novo prejuízo à vítima.

Se a pessoa furta um bem, e depois o aliena a um terceiro de boa-fé, deve responder por furto e por disposição de coisa alheia como própria. A jurisprudência, entretanto, diz que é um *post factum* impunível.

1.2. Furto Noturno - Art. 155, § 1.º, do Código Penal

"A pena aumenta-se de 1/3, se o crime é praticado durante o repouso noturno."

Trata-se de causa de aumento de pena que tem por finalidade garantir a proteção em relação ao patrimônio durante o repouso do proprietário, uma vez que neste período há menor vigilância de seus pertences.

O furto noturno não se aplica ao furto qualificado. Só vale para o furto simples:

- pela posição do parágrafo(o § 1.º só vale para o que vem antes);
- no furto qualificado já há previsão de pena maior.

A jurisprudência dominante traça algumas considerações:

- só se aplica quando o fato ocorre em residência (definida pelo art. 150, § 4.º, do Código Penal como sendo qualquer compartimento habitado, ou o aposento de habitação coletiva, ou compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade) ou em qualquer de seus compartimentos, desde que haja morador dormindo;

- o aumento não se aplica se a casa estiver desabitada ou se seus moradores estiverem viajando;
- não se aplica o aumento no caso de furto praticado na rua ou em comércio.

Para o Prof. Damásio o aumento é cabível estando a casa habitada ou não, bastando que o agente se aproveite da menor vigilância que decorre do "período do sossego noturno", conforme orientação da Exposição de Motivos do Código Penal, n. 56.

1.3. Furto Privilegiado - Art. 155, § 2.º, do Código Penal

1.3.1. Requisitos

- Que o agente seja primário (todo aquele que não é reincidente). Se o réu for primário e tiver maus antecedentes, fará *jus* ao privilégio, porque a lei não exige bons antecedentes.
- Que a coisa subtraída seja de pequeno valor. A jurisprudência adotou o critério objetivo para conceituar pequeno valor, considerando aquilo que não excede a um salário mínimo. Na tentativa leva-se em conta o valor do bem que se pretendia subtrair.

Deve ser examinado o valor do bem no momento da subtração e não o prejuízo suportado pela vítima. Ex.: no furto de um carro, que é recuperado depois, o prejuízo pode ter sido pequeno, mas será levado em conta o valor do objeto furtado.

Não confundir privilégio com furto de bagatela; pelo princípio da insignificância, o crime de furto de bagatela é atípico porque a lesão ao bem jurídico tutelado é ínfima, irrisória.

No furto privilegiado, ao contrário, o fato é considerado crime, mas haverá um benefício.

1.3.2. Conseqüências

Na aplicação da pena no furto privilegiado "... o juiz pode converter a reclusão em detenção, podendo reduzir uma ou outra de um a dois terços, ou aplicar somente a multa. O que não pode é reduzir a privativa e a multa" *(JTACrimSP* 76/363).

Apesar do § 2.º trazer a expressão "pode", presentes os requisitos legais, o juiz deve aplicar o privilégio, porque não há faculdade, e sim, direito subjetivo do réu.

P.: O privilégio pode ser aplicado ao furto qualificado?

R.: A doutrina diverge a respeito: uma corrente afirma que sim, pois não há vedação legal; a outra, majoritária, não admite a aplicação e fundamenta que o privilégio encontra-se no § 2.º, e portanto, não poderia ser aplicado aos §§ 4.º e 5.º; ademais, a gravidade do furto qualificado é incompatível com as conseqüências brandas (de redução da pena) do privilégio.

1.4. Furto Qualificado - Art. 155, §§ 4.º e 5.º, do Código Penal

Quando o juiz reconhecer mais de uma qualificadora, utilizará a segunda como circunstância judicial na primeira fase da fixação da pena.

O furto qualificado tentado admite a suspensão condicional do processo, pois a pena mínima passa a ser de 8 meses – para se chegar a esse resultado diminui-se a pena mínima em abstrato, prevista para o delito, do redutor máximo previsto na tentativa (2 – 2/3 = 8 meses).

1.4.1. Art. 155, § 4.º, do Código Penal

A pena é de reclusão de 2 a 8 anos, e multa, se o crime é cometido:

a) Com rompimento ou destruição de obstáculo

Pressupõe uma agressão que danifique o objeto, destruindo-o (destruição total) ou rompendo-o (destruição parcial). O art. 171 do Código de Processo Penal exige perícia.

O obstáculo pode ser passivo (porta, janela, corrente, cadeado etc.) ou ativo (alarme, armadilha).

A simples remoção do obstáculo não caracteriza a qualificadora, que exige o rompimento ou destruição.

Desligar o alarme não danifica o objeto, não fazendo incidir a qualificadora.

O cão não é considerado obstáculo.

O crime de dano fica absorvido pelo furto qualificado quando é meio para a subtração, por ser uma qualificadora específica.

A qualificadora só é aplicada quando o obstáculo atingido não é parte integrante do bem a ser subtraído. Ex.: arrombar o portão para furtar o carro – aplica-se a qualificadora; quebrar o vidro do carro para subtrair o automóvel – furto simples; quebrar o vidro do carro para subtrair uma bolsa que está dentro – furto qualificado. A divergência surge quanto ao furto de toca-fitas. Para uns, incide a qualificadora; para outros, o furto é simples porque o toca-fitas é parte integrante do carro.

b) Com abuso de confiança, mediante fraude, escalada ou destreza

- *Com abuso de confiança – requisitos*:
  - Que a vítima, por algum motivo, deposite uma especial confiança em alguém: amizade, namoro, relação de emprego etc. Saliente-se que a relação de emprego deve ser analisada no caso concreto, pois, em determinados empregos, patrão e empregado não possuem qualquer contato, inclusive para os empregados domésticos a jurisprudência exige a demonstração da confiança.
  - Que a subtração tenha sido praticada pelo agente, aproveitando-se de alguma facilidade decorrente da relação de confiança.
- *Emprego de fraude:* significa usar de artifícios para enganar alguém, possibilitando a execução do furto.

O furto mediante fraude distingue-se do estelionato porque neste a fraude é utilizada para convencer a vítima a entregar o bem ao agente e naquele, a fraude serve para distrair a vítima para que o bem seja subtraído.

No furto, a fraude é qualificadora; no estelionato é elementar do tipo.

A jurisprudência entende que a entrega do veículo a alguém que pede para testá-lo, demonstrando interesse na sua compra, caracteriza o crime de furto qualificado pela fraude (para possibilitar a indenização por parte do seguro, que cobre apenas furto e não estelionato, crime que realmente ocorreu porque houve entrega).

- *Escalada:* é o acesso por via anormal ao local da subtração. Ex.: entrada pelo telhado, pela tubulação do ar-condicionado, pela janela, escavação de um túnel e outros.

Para configuração da escalada tem-se exigido que o agente dispense um esforço razoável para ter acesso ao local: entrar por uma janela que se encontra no andar térreo, saltar um muro baixo, por exemplo, não qualificam o furto.

O art. 171 do Código de Processo Penal exige a perícia do local.

- *Destreza:* habilidade do agente que permite a prática do furto sem que a vítima perceba.

A vítima deve estar ao lado ou com o objeto para que a destreza tenha relevância (uma bolsa, um colar etc.).

Se a vítima está dormindo ou em avançado estado de embriaguez não se aplica a qualificadora, pois não há necessidade de habilidade para tal subtração.

Se a vítima percebe a conduta do agente, não se aplica a qualificadora.

Se a vítima não perceber a conduta do agente, mas for vista por terceiro, subsiste a qualificadora.

c) Com emprego de chave falsa

Considera-se chave falsa:

- cópia feita sem autorização;
- qualquer objeto capaz de abrir uma fechadura. Ex.: grampo, chave mixa, gazua etc.

A chave falsa deve ser submetida à perícia para constatação de sua eficácia.

A utilização da chave verdadeira encontrada ou subtraída pelo agente não configura a qualificadora; o furto será simples. Se subtraída mediante fraude, haverá furto qualificado mediante fraude.

d) Mediante o concurso de duas ou mais pessoas

A aplicação da qualificadora dispensa a identificação de todos os indivíduos e é cabível ainda que um dos envolvidos seja menor.

P.: Exige-se que as duas pessoas pratiquem os atos de execução do furto?

R.: Para Nelson Hungria e Celso Delmanto a qualificadora será aplicada quando pelo menos duas pessoas executarem a subtração, pois o crime seria cometido com maior facilidade, dificultando a defesa da vítima.

Para Damásio de Jesus e Heleno Fragoso a qualificadora existirá ainda que uma só pessoa tenha praticado os atos executórios, porque a lei exige o

"concurso de duas ou mais pessoas", não distinguindo co-autoria de participação, sendo que nessa o agente não pratica atos executórios. Demonstram ainda que a lei, quando exige a execução por todos os envolvidos, expressa-se nesse sentido, citando como exemplo o art. 146 do Código Penal que impõe "para execução do crime" a reunião de mais de três pessoas.

Reconhecida a existência do crime de quadrilha ou bando (art. 288 do CPP), o juiz não poderá aplicar a qualificadora do furto mediante concurso de duas ou mais pessoas porque constituiria *bis in idem.*

1.4.2. Art. 155, § 5.º, do Código Penal – Inserido pela Lei n. 9.426/96

A pena passa a ser de reclusão de 3 a 8 anos, se a subtração é de veículo automotor "que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior". A definição de veículo automotor encontra-se no Anexo I do CTB.

O § 5.º absorve as qualificadoras do § 4.º, que só poderão ser utilizadas como circunstâncias judiciais, já que as penas previstas em abstrato são diversas.

Não basta a intenção do agente de transportar o veículo para outro Estado ou para o exterior; deve ocorrer o efetivo transpasse da fronteira ou divisa para incidência da qualificadora.

Se o agente for detido antes de cruzar a divisa, haverá o crime de furto simples consumado e a qualificadora não será aplicada.

A tentativa dessa modalidade de furto qualificado será possível quando o agente tentar transpor a barreira da divisa e for detido.

MÓDULO XVII

DIREITO PENAL

DIREITO PENAL

1. ROUBO – ART. 157 DO CÓDIGO PENAL

Enquanto o furto é a subtração pura e simples de coisa alheia móvel, para si ou para outrem (art. 155 do CP), o roubo é a subtração de coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante violência, grave ameaça ou qualquer outro recurso que reduza a possibilidade de resistência da vítima.

O *caput* do artigo citado trata do roubo próprio, e o seu § 1.º descreve o que a doutrina chama roubo impróprio. A diferença reside no preciso instante em que a violência ou a grave ameaça contra a pessoa são empregadas. Quando o agente pratica a violência ou grave ameaça, antes ou durante a subtração, responde por roubo próprio; quando pratica esses recursos depois de apanhada a coisa, para assegurar a impunidade do crime ou a detenção do objeto material, responde por roubo impróprio.

A pena para ambos (violência e/ou grave ameaça) é de reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

1.1. Elementos do Tipo

Subtrair e *coisa alheia móvel* já foram objeto de análise no módulo relativoao crime de furto.

- *Violência:* considera-se apenas a violência real; a violência presumida trazida pelo art. 224 do Código Penal é excluída.

- *Grave ameaça:* é a promessa de um mal grave e iminente (exs.: anúncio de morte, lesão, seqüestro).

- *Qualquer outro meio:* chamado violência imprópria, pode ser revelado, por exemplo, pelo uso de sonífero, da hipnose etc. A simulação de arma e o uso de arma de brinquedo configuram a grave ameaça.

A "trombada" será considerada como violência se for meio utilizado pelo agente para reduzir a vítima à impossibilidade de resistência, caracterizando o roubo e não o furto. O mesmo acontece com o arrebatamento.

1.2. Sujeito Ativo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa.

1.3. Sujeito Passivo

Sujeito passivo pode ser qualquer pessoa que sofra diminuição (perda) patrimonial (proprietário ou possuidor) ou que seja atingida pela violência ou grave ameaça.

1.4. Objetividade Jurídica

A lei pretende assegurar o patrimônio e a integridade física ou liberdade individual.

1.5. Concurso de Crimes

O número de vítimas não guarda equivalência com o número de delitos. Este último será relacionado com base no número de resultados (lesão patrimonial), que o agente sabia estar realizando no caso concreto.

É possível que um só roubo tenha duas vítimas, pois a vítima do roubo é tanto quem sofre a lesão patrimonial, como quem sofre a violência ou grave ameaça. Ex.: emprestar o carro a alguém que venha a ser assaltado (tanto o proprietário quanto o possuidor são vítimas).

Da mesma forma, havendo grave ameaça contra duas pessoas, mas lesado o patrimônio de apenas uma, haverá crime único, porém, com duas vítimas.

Empregada grave ameaça contra cinco pessoas e lesado o patrimônio de três, por exemplo, há três crimes de roubo em concurso formal.

A solução, na hipótese de grave ameaça contra uma pessoa lesando bens de duas, dá-se da seguinte maneira: se o agente não sabe que está lesando dois patrimônios, há crime único, evitando-se a responsabilidade penal objetiva; se o agente sabe que está lesando dois patrimônios (pega o relógio do cobrador e o dinheiro do caixa, por exemplo), há dois crimes de roubo em concurso formal.

É possível a existência de crime continuado, se preenchidos os requisitos do art. 71 do Código Penal. Ex.: indivíduo rouba uma pessoa em um ônibus, sai dele, entra em outro e rouba outra pessoa.

1.6. Consumação do Roubo

Há certa divergência quanto ao momento consumativo do roubo próprio.

Para alguns doutrinadores, o roubo consuma-se da mesma maneira que o furto – quando o agente consegue a posse tranqüila do objeto, fora da esfera de vigilância da vítima.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça é que o roubo se consuma com a simples retirada do bem da vítima, após o emprego da violência ou grave ameaça, ainda que não consiga a posse tranqüila.

1.7. Tentativa

A tentativa é possível e será verificada quando, iniciada a execução do tipo, mediante violência ou grave ameaça, o agente não consegue efetivar a subtração; não se exige o início da execução do núcleo "subtrair", e sim da prática da violência (Damásio de Jesus).

Quando o agente é preso em flagrante com o objeto do roubo, após perseguição, responde por crime tentado (para aqueles que exigem a posse tranqüila da coisa para consumação) e por crime consumado (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, que dispensam o requisito da posse tranqüila da coisa para consumação do roubo).

1.8. Roubo Impróprio – Art. 157, § 1.º, do Código Penal

"Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra a pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a

impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro."

1.8.1. Diferenças entre roubo próprio e roubo impróprio

No roubo próprio a violência ou grave ameaça ocorre antes da subtração; no roubo impróprio, depois.

No roubo próprio, a violência ou grave ameaça constituem meio para a subtração, enquanto no roubo impróprio, o agente, inicialmente, quer apenas furtar e, depois de já se haver apoderado de bens da vítima, emprega violência ou grave ameaça para garantir a sua impunidade ou a detenção do bem.

No roubo próprio, a lei menciona três meios de execução, que são a violência, a grave ameaça ou qualquer outro recurso que dificulte a defesa da vítima. No roubo impróprio, a lei menciona apenas dois, que são a grave ameaça e a violência, incabível o emprego de sonífero ou hipnose (violência imprópria).

1.8.2. Requisitos do roubo impróprio

São os seguintes os requisitos do roubo impróprio:

- Que o agente tenha se apoderado do bem que pretendia furtar. Se o agente ainda não tinha a posse do bem, não se pode cogitar de roubo impróprio, nem de tentativa. Ex.: o agente está tentando arrombar a porta de uma casa, quando alguém chega ao local e é agredido pelo agente, que visa garantir sua impunidade e fugir sem nada levar. Haverá tentativa de furto qualificado em concurso material com o crime de lesões corporais.

- Que a violência ou grave ameaça tenham sido empregadas logo após o apoderamento do objeto material.

O "logo depois" está presente enquanto o agente não tiver consumado o furto no caso concreto. Após a consumação do furto, o emprego de violência ou de grave ameaça não pode caracterizar o roubo impróprio. Haverá um furto consumado e uma lesão corporal, grave ameaça, resistência etc.

A violência ou grave ameaça pode ser contra o próprio dono do bem ou contra um terceiro qualquer, até mesmo um policial.

Para a jurisprudência, se a violência contra policial serviu para transformar o furto em roubo impróprio, não se pode aplicar em concurso o crime de resistência, porque seria *bis in idem.*

- Que a violência ou grave ameaça tenham por finalidade garantir a detenção do bem ou assegurar a impunidade do agente.

1.8.3. Consumação

O roubo impróprio consuma-se no exato momento em que é empregada a violência ou grave ameaça, ainda que o agente não atinja sua finalidade (garantir a impunidade ou evitar a detenção).

O golpe desferido que não atinge a vítima é considerado violência empregada; portanto, roubo impróprio consumado.

1.8.4. Tentativa

A tentativa não é admissível, pois ou o agente emprega a violência ou a grave ameaça e o crime está consumado, ou não as emprega e o crime é o de furto.

Alguns autores (minoria) admitem a tentativa quando o agente quer empregar a violência, mas é impedido.

1.9. Causas de Aumento da Pena – Art. 157, § 2.º, do Código Penal (Roubo Circunstanciado)

Se o juiz reconhecer a existência de duas ou mais causas de aumento da pena poderá aplicar somente uma, de acordo com o parágrafo único do art. 68 do Código Penal.

As causa de aumento da pena incidem apenas para o roubo simples (próprio ou impróprio), e não se aplicam ao roubo qualificado (lesão grave ou morte).

1.9.1. Emprego de arma

É chamado de roubo qualificado pelo emprego de arma; porém, o correto é nomear de causa de aumento do roubo (de 1/3 até 1/2).

Arma é qualquer instrumento que tenha poder vulnerante; pode ser própria ou imprópria (qualquer objeto que possa matar ou ferir, mas que não possui esta finalidade específica, como, por exemplo, faca, tesoura, espeto etc.).

Não é necessário que a arma seja apontada para a vítima; basta que o agente esteja armado e que a vítima tome conhecimento disto. A simples simulação de arma não faz incidir o aumento da pena.

Parte da jurisprudência entende que a arma de brinquedo gera o aumento da pena, desde que tenha causado temor à vítima. Assim, o agente teria atingido sua finalidade de evitar eventuais reações e, portanto, facilitado o roubo.

Outra parte da jurisprudência (majoritária na doutrina) entende que não se aplica o aumento da pena: primeiro porque não é arma; depois porque se a arma é de brinquedo, o potencial lesivo da conduta do agente é menor.

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 213.054, de São Paulo, em 24.10.2001, relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, decidiu cancelar a Súmula n. 174 ("No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena."), considerando que o emprego de arma de brinquedo, embora não descaracterize o crime, não agrava o roubo, uma vez que não apresenta real potencial ofensivo. Ficou assentado que a incidência da referida circunstância de exasperação da pena:

- fere o princípio constitucional da reserva legal (princípio da tipicidade);
- configura *bis in idem*;
- deve ser apreciada na sentença final como critério diretivo de dosagem da pena (circunstância judicial do art. 59 do CP);

- lesa o princípio da proporcionalidade[1].

De notar-se que a decisão apenas cancelou a referida Súmula, não havendo impedimento a que juízes e tribunais ainda continuem adotando a primeira orientação, que determina o agravamento da pena. Além disso, há o perigo de que, cancelada a mencionada Súmula, venham a reconhecer concurso formal entre o roubo simples e a utilização de arma de brinquedo no cometimento do crime, nos termos do art. 10, § 1.º, II, da Lei n. 9.437/97[2]. Se isso ocorrer, teremos a seguinte situação: se o agente emprega arma *verdadeira*, não incidindo mais a Súmula, a pena mínima abstrata é de reclusão, de quatro a dez anos (CP, art. 157, *caput*); se rouba com *revólver de brinquedo*, por força do concurso formal, a pena mínima abstrata é maior, de quatro anos e oito meses a onze anos e oito meses. Então, se o assaltante receber a mensagem, irá usar somente arma verdadeira.

Caso a arma esteja quebrada ou desmuniciada, há duas posições:

- se até arma de brinquedo autoriza o aumento da pena, arma quebrada ou desmuniciada também tem o mesmo efeito;
- não tem potencial ofensivo, por isso não se aplica o aumento.

1.9.2. Concurso de duas ou mais pessoas

As anotações feitas a respeito do concurso de pessoas no furto (art. 155 do CP) aplicam-se ao roubo; a distinção é quanto à natureza jurídica: naquele é qualificadora; neste é causa de aumento.

[1] GOMES, Luiz Flávio. STJ cancela Súmula 174: arma de brinquedo não agrava o roubo. São Paulo: IBCCrim, 27.9.2001. Disponível em: <www.direitocriminal.com.br>. O autor alinha outras conclusões do acórdão.
[2] Sem prejuízo de que reconheçam o concurso material de crimes.

1.9.3. Serviço de transporte de valores

Aplicável apenas se a vítima está trabalhando ("em serviço") com o transporte de valores (ex.: assalto de *office-boy*, de carro-forte etc.).

Se o ladrão assaltar o motorista do carro-forte, levando somente o seu relógio, não há qualificadora.

Exige-se que o agente conheça a circunstância do transporte de valor (dolo direto), não se admitindo dolo eventual.

Obs.: não existe qualificadora semelhante no crime de furto.

1.9.4. Veículo automotor que venha a ser transportado para outro estado ou país

Ver anotações sobre furto.

1.9.5. Se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade

Aplica-se às hipóteses em que a vítima é mantida pelos assaltantes por pouco tempo, ou tempo suficiente para a consumação do roubo. Se o período for longo, haverá concurso material de roubo simples e seqüestro (art. 157 c.c. art. 148, ambos do CP).

1.10. Roubo Qualificado – Art. 157, § 3.º, do Código Penal

Há duas formas de roubo qualificado, aplicáveis tanto ao roubo próprio

quanto ao impróprio.

De acordo com a primeira parte do dispositivo: “se da violência resulta lesão corporal de natureza grave, a pena é de reclusão, de 7 (sete) a 15 (quinze) anos, além de multa”.

Houve alteração da pena mínima, para tornar pacífico o entendimento de que as causas de aumento da pena do § 2.º não se aplicam às qualificadoras do § 3.º. Se a lesão é leve, esta fica absorvida.

A parte final dispõe que “se resulta morte, a reclusão é de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, sem prejuízo da multa”. É o denominado latrocínio (crime hediondo).

Não confundir tentativa de latrocínio com roubo qualificado pela lesão grave. O que distingue é o dolo (vontade de matar ou vontade de lesar).

Se a vítima morre em razão da grave ameaça tem-se concurso formal de roubo simples e homicídio culposo (ex.: a vítima, ao ver a arma, sofre ataque cardíaco e morre).

O roubo será qualificado se a morte ou a lesão corporal grave resultarem da “violência”; o tipo não menciona a grave ameaça. Nos termos do art. 19 do Código Penal, via de regra, o crime qualificado pelo resultado é preterdoloso (há dolo na conduta antecedente e culpa na conseqüente). No crime de latrocínio, excepcionalmente, a morte pode decorrer de culpa ou dolo, respeitando-se o Princípio da Proporcionalidade das Penas (roubo simples + homicídio doloso = 4 +12 = 16, a pena seria inferior à pena prevista para hipótese de resultar morte culposa no crime de roubo).

Súmula n. 603 do STF: "ainda que a morte seja dolosa, por haver latrocínio (crime contra o patrimônio), a competência é do juízo singular".

Tem-se, como regra, que a morte ou lesão corporal grave, resultando de violência, pode ser de qualquer pessoa. A exceção encontra-se na morte ou lesão corporal grave de co-autor ou partícipe.

1.10.1. Consumação e tentativa

Por se tratar de crime complexo tem-se o seguinte:

- Subtração consumada + morte tentada = latrocínio tentado.
- Subtração consumada + morte consumada = latrocínio consumado.
- Subtração tentada + morte tentada = latrocínio tentado.
- Subtração tentada + morte consumada = latrocínio consumado (Súmula n. 610 do STF: "Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima").

Caracteriza-se a violência quando empregada em razão do roubo (nexo causal) e durante o cometimento do delito (no mesmo contexto fático).

O nexo causal estará presente quando a violência constituir meio para a subtração (ex.: roubo próprio qualificado pela morte) ou quando for empregada para garantir a detenção do bem ou a impunidade do agente (ex.: roubo impróprio).

Faltando um desses requisitos, haverá roubo em concurso material com homicídio doloso ou delito de lesão corporal dolosa.

Ex.$_1$: João rouba alguém hoje; semanas depois, para garantir a impunidade, mata a vítima. Responderá por roubo em concurso material com homicídio.

Ex.$_2$: ladrão mata um desafeto seu, que passa pelo local durante o roubo. Foi durante o roubo, mas não em razão dele.

2. EXTORSÃO – ART. 158 DO CÓDIGO PENAL

A extorsão consiste em empregar violência ou grave ameaça com a intenção ou de obter indevida vantagem econômica, ou para obrigar a vítima a fazer, deixar de fazer ou tolerar que se faça algo.

A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa (é a mesma pena do roubo).

2.1. Objetividade Jurídica

A principal é a inviolabilidade do patrimônio. A secundária é a proteção à vida, integridade física, liberdade pessoal e tranqüilidade do espírito.

2.2. Diferença entre Extorsão e Exercício Arbitrário das Próprias Razões

Na extorsão o agente visa a uma vantagem patrimonial indevida, enquanto no exercício arbitrário das próprias razões a vantagem é devida (art. 345 do CP).

2.3. Roubo e Extorsão

Para Nelson Hungria, no roubo o bem é tirado da vítima, e na extorsão a vítima entrega o bem. A doutrina e a jurisprudência discordam dessa teoria em algumas hipóteses que dizem respeito à conduta entregar. Quando a vítima é obrigada a entregar o objeto sem ter qualquer opção (ex.: arma de fogo apontada para ela), o crime será o de roubo.

Para que o crime seja de extorsão é necessário, portanto, que, após o emprego da violência ou grave ameaça, a vítima tenha alguma opção de escolha, sendo sua colaboração imprescindível para que o agente obtenha a vantagem visada.

Enquanto no roubo a ação e o resultado são concomitantes, na extorsão o mal prometido e a vantagem são futuros.

Questão polêmica é a que diz respeito ao constrangimento da vítima para sacar dinheiro em caixa eletrônico. Para a jurisprudência, o delito é de extorsão (art. 158 do CP) e não de roubo (art.157, § 2.º, inc.V, do CP), com fundamento no princípio da dispensabilidade ou indispensabilidade da conduta da vítima.

Para o Professor Damásio de Jesus, as condutas devem ser analisadas no caso concreto: "De acordo com o princípio da prescindibilidade do comportamento da vítima, quando o autor pode obter o objeto material

dispensando a sua conduta, trata-se de roubo; quando, entretanto, o escopo do agente depende necessariamente de ação do ofendido, cuida-se de extorsão". E exemplifica: "Quando o autor constrange a vítima a lhe entregar o cartão magnético, a hipótese é de roubo agravado (art.157, § 2.º, inc. V) e não de extorsão, uma vez que ele pode, para obter o dinheiro, dispensar a ação da vítima"; a solução será diversa quando "a vítima é coagida a retirar o dinheiro do banco mediante a emissão de cheque, caso em que o autor não pode prescindir de seu comportamento".

2.4. Diferença entre Extorsão e Estelionato

Para se saber se o crime é o de extorsão, deve-se verificar se a entrega do objeto material foi espontânea (voluntária) ou não. No estelionato, a entrega é espontânea porque a vítima está sendo enganada; na extorsão, esta entrega a coisa contra a sua vontade para evitar um mal maior. No estelionato, a vítima não sabe que está havendo um crime.

Quando o agente emprega fraude e violência ou grave ameaça para obter a coisa, o delito é de extorsão, pois a entrega ocorre não em razão da fraude, mas sim da violência ou grave ameaça. Observe o exemplo citado pelo Professor Victor Gonçalves: "Uma pessoa simula ser policial e, sob ameaça de morte, obriga a vítima a entregar-lhe certa quantia em dinheiro".

2.5. Extorsão e Constrangimento Ilegal

Tanto na extorsão quanto no constrangimento ilegal, o agente emprega violência ou grave ameaça contra a vítima, no sentido de que faça ou deixe de fazer alguma coisa.

A diferença entre extorsão e constrangimento ilegal está na finalidade: no constrangimento ilegal, o sujeito ativo deseja que a vítima se comporte de determinada maneira, para obter qualquer tipo de vantagem. Na extorsão, o constrangimento é realizado com o objetivo expresso no tipo de obter "indevida vantagem econômica".

2.6. Consumação e Tentativa

Súmula n. 96 do STJ: "O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida". É, portanto, um crime formal.

De acordo com entendimento do Professor Damásio de Jesus, o crime se consuma quando a vítima faz, deixa de fazer ou tolera que se faça alguma coisa. A tentativa é possível quando o constrangido não realiza a conduta, por circunstâncias alheias à vontade do autor.

2.7. Causas de Aumento da Pena

O § 1.º do art. 158 do Código Penal dispõe que a pena é aumentada de um terço a metade (1/3 a 1/2) se o crime é cometido por duas ou mais pessoas ou com o emprego de arma.

2.8. Extorsão Qualificada

Segundo o § 2.º do mesmo dispositivo deve-se aplicar à extorsão as regras e penas do roubo qualificado pela lesão grave ou morte.

3. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO – ART. 159 DO CÓDIGO PENAL

Trata-se de crime hediondo em todas as modalidades (forma simples ou qualificada).

As penas foram alteradas pela Lei n. 8.072/90, que aumentou a pena privativa de liberdade de 6 (seis) a 12 (doze) anos para 8 (oito) a 15 (quinze) anos, eliminando a multa.

O *caput* do art. 159 do Código Penal trata da forma simples da extorsão mediante seqüestro: "seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate".

3.1. Objetividade Jurídica

A principal é a inviolabilidade do patrimônio. A secundária é a tutela da liberdade de locomoção. Trata-se de crime complexo.

3.2 Sujeito Ativo

Sujeito ativo é qualquer pessoa.

3.3. Sujeito Passivo

Sujeito Passivo é qualquer pessoa. Admite-se a pluralidade de sujeitos passivos – um que é seqüestrado e o outro a quem se dirige a finalidade do agente de obter a vantagem.

3.4. Consumação

O crime se consuma no momento do seqüestro, com a privação da liberdade de locomoção da vítima. Trata-se, portanto, de crime formal, já que não exige o pagamento do resgate – considerado simples exaurimento. É delito permanente.

3.5. Competência

A competência para julgamento desse delito é do local onde se deu a consumação; por ser crime permanente, o local onde se estendeu o seqüestro. Se o crime consumar-se em território de duas comarcas, ambas serão competentes, fixando-se uma delas por prevenção (art. 71 do CPP).

É possível a prisão em flagrante a qualquer tempo, enquanto a vítima não for libertada (art. 303 do CPP).

3.6. Tentativa

A tentativa é possível quando, iniciado o ato de "seqüestrar", os agentes não tiverem êxito na captura da vítima.

3.7. Extorsão Mediante Seqüestro e Rapto

No crime do art. 159 do Código Penal (extorsão mediante seqüestro) ocorre privação da liberdade com o intuito de se obter vantagem patrimonial.

No rapto, a privação da liberdade de mulher honesta (sujeito passivo do delito) tem fins libidinosos.

3.8. Extorsão Mediante Seqüestro e Seqüestro e Cárcere Privado

O seqüestro do art. 148 do Código Penal é crime subsidiário. É a privação da liberdade de alguém mediante violência ou grave ameaça, desde que o fato não constitua crime mais grave.

3.9. Elementos Objetivos do Tipo

O tipo traz a expressão "qualquer vantagem".

P.: Qual o seu alcance?

R.: O Professor Damásio de Jesus entende que, para configuração da extorsão mediante seqüestro, a vantagem visada pode ser devida ou indevida, econômica ou não-econômica, uma vez que o Código Penal não especifica.

A maioria da doutrina entende que se a vantagem visada for devida haverá concurso entre os crimes de seqüestro e exercício arbitrário das próprias razões. Só existe extorsão mediante seqüestro se a vantagem for indevida e necessariamente patrimonial.

Animal capturado para exigência de resgate não caracteriza o art. 159 do Código Penal, que exige como vítima "pessoa", caracterizando apenas crime de extorsão.

3.10. Formas Qualificadas

3.10.1. Art. 159, § 1.º, do Código Penal

A pena é de reclusão de 12 (doze) a 20 (vinte) anos, se:

- o seqüestro dura mais de 24 horas;
- a vítima tem menos de 18 anos;
- o crime é praticado por quadrilha.

Se a vítima é menor de 14 anos, não se aplica a qualificadora prevista nesse parágrafo, mas sim o art. 9.º da Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que manda acrescer a pena de metade, respeitando o limite máximo de 30 anos de reclusão.

Se o crime for cometido por quadrilha ou bando, aplica-se a qualificadora do parágrafo em análise, ficando absorvido o delito de quadrilha ou bando previsto no art. 288 do Código Penal, que, segundo o Prof. Victor Gonçalves, "apesar de ser delito formal e normalmente autônomo em relação às infrações perpetradas pelos quadrilheiros, nesta hipótese constituiria inegável *bis in idem*". Para o doutrinador Julio Fabbrini Mirabete, existe

concurso material com o delito de quadrilha ou bando com a pena agravada (de três a seis anos) pela Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).

3.10.2. Art. 159, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal

A pena é de reclusão de 16 (dezesseis) a 24 (vinte e quatro) anos, se resulta em lesão grave. E de 24 (vinte e quatro) a 30 (trinta) anos, se resulta em morte.

Essas duas qualificadoras só se aplicam quando o resultado recair sobre a pessoa da vítima (seqüestrado). A morte de outras pessoas constitui crime de homicídio autônomo em concurso com o crime do art. 159 do Código Penal.

As qualificadoras se aplicam tanto ao resultado doloso quanto ao resultado culposo. Só não será aplicada se o resultado for conseqüência de caso fortuito.

O reconhecimento de uma qualificadora mais grave afasta o reconhecimento de uma qualificadora menos grave.

O art. 9.º da Lei dos Crimes Hediondos dispõe aumentar da metade a pena na extorsão mediante seqüestro em três hipóteses:

- vítima com idade não superior a 14 anos;
- se a vítima é doente mental e os seqüestradores sabem dessa condição;
- se a vítima não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Se a vítima tem menos de 14 anos, só se aplica o art. 9.º da Lei dos Crimes Hediondos. A qualificadora prevista no art. 159, § 1.º, do Código Penal é afastada.

3.11. Delação Eficaz – Art. 159, § 4.º, do Código Penal

Se o crime for praticado em concurso (duas ou mais pessoas), o concorrente (co-autores e partícipes) que denunciar o fato à autoridade, facilitando a libertação da vítima, terá sua pena reduzida de 1/3 a 2/3 (um a dois terços).

O parágrafo foi inserido pela Lei dos Crimes Hediondos, alterada pela Lei n. 9.269/90. Trata-se de causa de diminuição de pena.

Haverá a diminuição da pena se a delação efetivamente facilitar a libertação da vítima. Quanto maior a colaboração, maior será a redução da pena.

4. DANO – ART. 163 DO CÓDIGO PENAL

Dano é um crime contra o patrimônio no qual o agente não visa necessariamente à obtenção de lucro.

O tipo descreve no *caput:* "Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia.

Pena: detenção de 1 a 6 meses, ou multa".

Trata-se de crime da competência do Juizado Especial. A reparação do dano ou a simples composição em relação ao prejuízo, desde que homologado pelo juiz em audiência preliminar, gera a extinção da punibilidade do agente nos termos do art. 74, par. ún., da Lei n. 9.099/95.

4.1. Objeto Material

Objeto material é a coisa alheia (móvel ou imóvel).

4.2. Sujeito Ativo

Sujeito ativo é qualquer pessoa, menos o proprietário.

Responde pelo crime do art. 346 do Código Penal quem destrói coisa própria que se encontra em poder de terceiro em razão de contrato (ex.: aluguel, penhor etc.) ou de ordem judicial (ex.: juiz determina a penhora de um bem entregue ao depositário que não o devedor).

Se houver condômino da coisa e o bem for infungível, há crime; se o bem for fungível, só haverá crime se a conduta do agente superar sua cota-parte, pois só assim causará prejuízo ao outro.

Não há crime de dano culposo previsto pela legislação comum. No Código Penal Militar existe, por exemplo, policial desidioso que danifica sua arma.

4.3. Sujeito Passivo

Sujeito passivo é o titular do direito de propriedade.

4.4. Elementos Objetivos do Tipo

- *Destruir:* a coisa deixa de existir em sua individualidade; demolir, desfazer o objeto.
- *Inutilizar:* fazer com que o bem se torne inútil para as funções originárias.
- *Deteriorar:* qualquer outra forma de dano que não seja destruir ou inutilizar; estragar; causar modificação para pior.

A conduta de pichar caracteriza o crime do art. 65 do Código Ambiental (Lei n. 9.605/98), desde que atinja edificação ou monumento público.

Na conduta de fazer desaparecer o objeto alheio, o fato é atípico. Trata-se de uma lacuna das normas penais incriminadoras, pois não há adequação ao tipo do art. 163 do Código Penal.

A destruição do objeto material furtado é um *post factum impunível*.

4.5. Consumação

A consumação tem lugar com o efetivo dano ao objeto material, total ou parcial.

É indispensável a prova pericial no crime de dano.

4.6. Tentativa

A tentativa é admissível.

4.7. Dano Qualificado – Art. 163, par. ún., do Código Penal

A pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

4.7.1. Emprego de violência contra a pessoa ou grave ameaça

A qualificadora incide sobre o meio de execução. Se a violência ou grave ameaça é posterior ao dano, não se tem a qualificadora. Haverá concurso material se da violência resultar lesões, ainda que leves.

4.7.2. Uso de explosivo ou substância inflamável, salvo se o fato constituir crime mais grave

O tipo traz uma subsidiariedade expressa; o crime de dano ficará absorvido se o fato constituir delito mais grave, como, por exemplo, crime de incêndio (art. 250 do CP), ou de explosão (art. 251 do CP).

4.7.3. Contra o patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, da sociedade de economia mista ou concessionária de serviço público

Se o bem é particular e está locado ao Poder Público, o dano é simples, pois o patrimônio, no caso, é particular.

O preso que danifica a cela para fugir, para alguns doutrinadores, não comete crime de dano, pois este exige intenção específica de causar prejuízo à vítima. Para outros, incluindo-se o Professor Damásio de Jesus, há crime de

dano, pois, para sua existência, basta que o agente tenha ciência de que causará prejuízo com sua conduta.

4.7.4. Motivo egoístico ou se resulta prejuízo considerável à vítima

A intensidade do prejuízo será analisada de acordo com o patrimônio da vítima.

4.8. Ação Penal – Art. 167 do Código Penal

No dano simples e no dano qualificado do inciso IV a ação penal é privada.

Nas demais formas de dano qualificado a ação penal é pública incondicionada.

Se o promotor denunciar por dano qualificado pelos incisos I, II ou III, e, no curso do processo, o juiz desclassificar o dano para simples, o processo deve ser anulado por ilegitimidade de parte.

DIREITO PENAL

1. APROPRIAÇÃO INDÉBITA - ART. 168 do CP

"Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou detenção.

Pena - reclusão de 1 a 4 anos, e multa."

Trata-se de crime que se caracteriza pela quebra da confiança, porque a vítima entrega ao agente a posse desvigiada, acreditando que aquele lhe restituirá o bem quando pedido.

1.1. Requisitos

- Que a vítima, por algum motivo, entregue ao agente um objeto, fazendo-o de forma livre, espontânea e consciente.

Difere da extorsão, em que a entrega é feita em razão de violência ou grave ameaça, e do estelionato, caracterizado pela entrega de forma consciente, mas fruto de uma fraude (vítima mantida em erro). Na apropriação indébita, o agente recebe a posse lícita.

- Que o agente tenha a posse ou detenção desvigiada; se a posse for vigiada, o crime será o de furto. Posse vigiada é aquela em que não há autorização para a retirada do objeto da esfera de vigilância da vítima.

- Que o agente, ao receber o bem, esteja de boa-fé (não ter dolo de se apoderar do bem naquele momento). Porque, se há dolo antes do recebimento do bem, o crime é de estelionato.

Na dúvida, denuncia-se por apropriação indébita, pois, a boa-fé é presumida.

- Que, após estar na posse do bem, o agente inverta o seu ânimo em relação ao objeto, passando a se considerar e a se portar como se fosse dono.

O comportamento de dono pode se dar com o assenhoramento definitivo (apropriação indébita negativa de restituição) ou quando o agente dispõe do bem, vendendo-o, alugando-o (apropriação indébita propriamente dita).

1.2. Observações Gerais

O funcionário público que se apropria de coisa pública, ou de coisa particular que se encontra sob a guarda da Administração, pratica o crime de Peculato (peculato-apropriação – art. 312 do CP).

A posse do todo (continente) entregue trancado não implica a posse do conteúdo. Ex.: alguém recebe um cofre trancado para transportá-lo e o arromba para se apropriar dos valores nele contidos. O agente pratica furto qualificado pelo rompimento de obstáculo.

A apropriação de uso não constitui crime pela ausência de ânimo de assenhoramento definitivo.

É possível a apropriação indébita de coisa fungível. Há, entretanto, duas exceções, quando o bem é recebido em razão de contrato de mútuo ou de depósito, porque os arts. 1.257 e 1.280 do CC estabelecem que nesses contratos a tradição transfere a propriedade e, assim, o sujeito não recebe a "posse de coisa alheia" – recebe na posição de dono e não de possuidor de coisa alheia.

A demora na restituição em que não se estipula prazo não configura o delito. Se houver prazo para a restituição, o delito configura-se após seu decurso.

Tem-se reconhecido crime único nas condutas de quem:

- estando obrigado a uma prestação conjunta, em várias ocasiões apropria-se do numerário de terceiro;
- sendo empregado, recebe dinheiro de várias pessoas e não o entrega ao patrão.

1.3. Causas de Aumento de Pena - Art. 168, § 1.º, do CP

A razão de ser do aumento é o motivo pelo qual a pessoa recebe a posse. Aumenta-se a pena em 1/3, quando:

- Se o bem é recebido em razão de depósito necessário (art. 1.282 e 1.284 do CC):
  - *Legal*: decorre de lei. Se o funcionário público recebe um bem em depósito necessário e dele se apropria, comete peculato, art. 312 do CP.

- *Miserável*: feito em razão de situações de calamidades como enchentes, desabamentos etc.

- *Por equiparação*: refere-se aos valores bagagens dos hóspedes em hotéis, pensões ou estabelecimentos congêneres.

- Se o agente recebe o objeto na qualidade de: tutor, curador, síndico, inventariante, testamenteiro, liqüidatário (figura que não existe mais em nosso sistema) ou depositário judicial.

- Se o agente recebe o objeto no desempenho de sua profissão, emprego ou ofício.

1.3.1. Apropriação indébita previdenciária – art. 168 - A, § 1.º (Lei n. 9.983/2000)

"Deixar de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional.

Pena – reclusão, de 2 a 5 anos, e multa."

Trata-se de modalidade de sonegação fiscal.

O § 2.º estabelece a extinção da punibilidade se o agente, antes do início da ação fiscal, espontaneamente, confessa, declara, paga e presta todas as informações que lhe forem solicitadas pela Previdência.

O § 3.º, inc. I, diz que, se o pagamento for feito após o início da ação fiscal (procedimento administrativo da Previdência, que visa apurar o valor devido) e antes do oferecimento da denúncia, o juiz poderá aplicar somente a

pena de multa ou conceder o perdão judicial. A providência é cabível se o réu for primário e de bons antecedentes (inc. II do mesmo parágrafo).

1.4. Apropriação de Coisa Havida Por Erro (*caput*) - Art. 169 do CP

Caracteriza-se pela entrega da coisa pela vítima, que se encontra em erro, ao agente. Diferencia-se da apropriação indébita porque nessa a vítima não está em erro.

O erro pode se referir:

- à pessoa a quem deve ser entregue o objeto;
- ao próprio objeto;
- à existência da obrigação.

1.4.1. Extorsão – estelionato – apropriação de coisa havida por erro

Se a vítima entrega o bem mediante coação, há *extorsão*, art. 168 do CP.

Se a vítima entrega a coisa por estar em erro, pode ocorrer *estelionato*, art. 171 do CP, ou *apropriação de coisa havida por erro*, art. 169 do CP.

Nos três crimes a vítima entrega o objeto. A diferença encontra-se no erro da vítima, inexistente na extorsão, antecedente no estelionato e posterior na apropriação de coisa havida por erro.

No estelionato o agente sabe que a vítima está em erro antes de receber o bem porque cria uma situação de fraude para a induzir ou manter nessa

circunstância, justamente para que ela efetue a entrega do objeto (o agente recebe a coisa de má-fé).

Na apropriação de coisa havida por erro, o agente não percebe que recebeu o objeto por equívoco; posteriormente toma conhecimento do engano e decide não devolver o bem (o agente recebe a coisa de boa-fé).

1.5. Apropriação de Coisa Achada - Art. 169, par. ún., II, do CP

Tipifica a conduta de quem encontra coisa perdida e dela se apodera no total ou em parte, deixando de devolvê-la ao dono ou legítimo possuidor ou de entregá-la à autoridade no prazo de 15 dias.

A autoridade pode ser policial ou judiciária.

Coisa perdida é a que se extraviou do dono em local público ou aberto ao público. Coisa esquecida em local particular não eqüivale à coisa perdida.

O delito se consuma após os 15 dias que a lei estabelece para a devolução, salvo se antes disso o agente deixa clara sua intenção de não devolver. É um “crime a prazo”.

2. ESTELIONATO – ART. 171 do CP

"Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.

Pena - reclusão de 1 a 5 anos, e multa."

Difere-se pelo emprego de fraude, para manter ou induzir a vítima em erro convencendo-a a entregar seus pertences.

Artifício é a utilização de algum aparato material para enganar (cheque, bilhete etc.). Ardil é a conversa enganosa. Pode ser citado, como exemplo de qualquer outra fraude, o silêncio.

"Caracteriza crime contra a economia popular: obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas, mediante especulações ou processos fraudulentos ('bola de neve', 'cadeias', 'pichardismo', e quaisquer outros meios equivalentes)" – art. 2.º, IX, da Lei n. 1.521/51.

2.1. Sujeito Ativo

Qualquer pessoa.

Admite-se o concurso de pessoas em co-autoria quando um emprega a fraude e o outro obtém a indevida vantagem patrimonial.

2.2. Sujeito Passivo

Qualquer pessoa, desde que determinada. Não se pode denunciar por estelionato quando as vítimas são indeterminadas. Em casos tais, pode se caracterizar crime contra a economia popular. Ex.: adulteração de balança.

A vítima é a pessoa enganada que sofre o prejuízo material. Pode haver mais de uma (a que é enganada e a que sofre o prejuízo).

2.3. Objetivo da Fraude

Provocar o equívoco da vítima (induzir em erro) ou manter o erro em que já incorre a vítima, independentemente de prévia conduta do agente. O emprego da fraude dever ser anterior à obtenção da vantagem ilícita.

2.4. Consumação

O estelionato tem duplo resultado (prejuízo para a vítima e obtenção de vantagem pelo agente).

O crime é material, só se consuma com a efetiva obtenção da vantagem ilícita (não há a expressão "com o fim de", típica dos crimes formais).

Se a vítima sofre o prejuízo, mas o agente não obtém a vantagem, o crime é tentado.

2.5. Tentativa

É possível. Mas, se a fraude é meio inidôneo para enganar a vítima, o crime é impossível (por absoluta ineficácia do meio). A inidoneidade do meio deve ser analisada de acordo com as circunstâncias pessoais da vítima. Se o meio é idôneo, mas, acidentalmente, se mostrou ineficaz, há tentativa.

2.6. Observações

O tráfico de influência, art. 332 do CP, é espécie de estelionato em que a fraude consiste em dizer o agente que, de alguma forma, irá influir em funcionário público para beneficiar a vítima – é delito específico em relação ao art. 171 do CP.

Qualquer banca de jogo de azar é ilegal e o agente pratica a contravenção do art. 50 da LCP, exceto se há emprego de fraude com o fim de excluir a possibilidade de ganho – nesse caso tem-se estelionato.

Falsificação de documento público ou particular é crime, arts. 297 e 298 do CP.

P.: Qual a responsabilização de quem falsifica documento para cometer estelionato?

R.: Há divergência:

- Uma corrente entende que há concurso material entre falsificação de documento e estelionato (posição do STF antes de 1998). Não há absorção de um crime por outro porque atingem bens jurídicos diversos, sendo também diversas as vítimas.

- A corrente dominante aplica a Súmula n. 17 do STJ: "Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido". Ex.: se o agente falsifica um RG e o usa junto com o cheque da vítima, a potencialidade lesiva do falso persiste, pois o agente, após entregar o cheque (cometendo estelionato – art. 171, § 2.º, VI, do CP), continua com o RG da vítima, podendo vir a praticar outros crimes – não há absorção, o agente responderá pelos dois delitos.

- Outra corrente sustenta que o falso absorve o estelionato porque tem pena mais grave. Daí a regra do crime mais grave absorver o menos grave.

- Para uma outra corrente, ambos os crimes coexistem, mas em concurso formal.

P.: Que se entende por fraude bilateral?

R.: Há fraude bilateral quando a vítima também age de má-fé.

P.: No caso de fraude bilateral existe estelionato por parte de quem ficou com o lucro?

R.: A doutrina se divide:

- Segundo Nelson Hungria não há crime, pois:
  - A lei não pode amparar a má-fé da vítima.

- Se no cível a pessoa não pode pedir a reparação do dano, então também não há ilícito penal.

- Na visão de Magalhães Noronha, Mirabete e Damásio de Jesus existe estelionato, pois:

  - A lei não pode ignorar a má-fé do agente com a qual obteve uma vantagem ilegal (a boa-fé da vítima não é elementar do tipo).

  - O Direito Penal visa tutelar o interesse de toda a coletividade e não apenas o interesse particular da vítima.

2.7. Privilégio – Art. 171, § 1.º, do CP

2.7.1. Requisitos

- Pequeno valor do prejuízo. Para o Prof. Damásio, não deve superar um salário-mínimo. O valor do prejuízo deve ser apurado no momento de sua consumação por ser um delito instantâneo. No caso de tentativa, leva-se em conta o prejuízo que o agente pretendia causar à vítima.

- Que o agente seja primário.

As conseqüências são as mesmas do furto privilegiado, art. 155, § 2.º, do CP. Aplica-se às figuras do *caput* e do § 2.º, que não são qualificadoras.

Não se trata de faculdade, mas de direito do réu.

2.8. Disposição de Coisa Alheia Como Própria – Art. 171, § 2.º, I, do CP

O fato consuma-se com o recebimento da vantagem.

Não é necessária a tradição ou inscrição no registro do objeto da venda.

A ciência do adquirente exclui o delito. O silêncio do agente a respeito da propriedade da coisa é imprescindível.

É admissível a tentativa.

Tem-se entendido que, se o agente está na posse ou na detenção do objeto material e o aliena, responde somente por apropriação indébita, ficando absorvido o estelionato, a não ser que tenha agido com dolo *ab initio*, caso em que prevalece o estelionato.

2.9. Alienação ou Oneração Fraudulenta de Coisa Própria – Art. 171, § 2.º, II, do CP

A inalienabilidade pode ser legal, convencional ou testamentária.

A simples promessa de venda não configura o delito.

Consuma-se com a obtenção da vantagem.

A tentativa é admissível.

2.10. Defraudação de Penhor – Art. 171, § 2.º, III, do CP

O sujeito ativo é somente o devedor do contrato de penhor.

Consiste em defraudar o objeto material que constitui a garantia pignoratícia.

Trata-se de crime material, exigindo-se a efetiva defraudação da garantia pignoratícia.

Consuma-se com a alienação, a ocultação, o desvio, a substituição, o consumo, o abandono etc. da coisa dada em garantia.

2.11. Fraude na Entrega de Coisa

O sujeito ativo é aquele que tem a obrigação de entregar a coisa a alguém.

A ação incide sobre a qualidade ou a quantidade da substância.

Consuma-se com a tradição do objeto material.

Admite-se a tentativa.

2.12. Fraude para Recebimento de Indenização ou Valor de Seguro – Art. 171, § 2.º, V, do CP

O sujeito ativo é o segurado, o sujeito passivo, o segurador.

Trata-se de crime próprio.

Nada impede que terceiro intervenha no comportamento típico, respondendo também pelo crime. Na hipótese de lesão causada no segurado, o terceiro responde por dois crimes: estelionato e lesão corporal.

É crime formal, basta que se realize a conduta, independentemente da obtenção da vantagem indevida.

Não é necessário que o autor do fato seja o beneficiário do contrato de seguro, pode ser que terceiro venha a receber o valor da indenização.

Admite-se a tentativa.

2.13. Fraude no Pagamento por Meio de Cheque – Art. 171, § 2.°, VI, do CP

"VI – emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento"

Emitir é preencher, assinar e colocar em circulação (entregar a alguém).

Súmula n. 521 do STF: "O foro competente para o processo e o julgamento dos crimes de estelionato, sob a modalidade da emissão dolosa de cheque sem provisão de fundos, é o do local onde se deu a recusa do pagamento pelo sacado."

Súmula n. 48 do STJ: "Compete ao juízo do local da obtenção da vantagem ilícita processar e julgar o crime de estelionato cometido mediante falsificação de cheque".

Súmula n. 246 do STF: "Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheques sem fundos".

Trata-se de crime doloso, não admite a modalidade culposa.

No caso de o agente emitir dolosamente um cheque sem fundos, mas, antes da consumação, se arrepender e depositar o valor, ocorre o arrependimento eficaz que exclui o crime.

O pagamento com cheque roubado caracteriza estelionato simples.

O desconto do cheque fora do prazo para apresentação descaracteriza o delito.

Se, após a consumação do delito e antes do recebimento da denúncia, o agente pagar o valor do cheque, incide o art. 16 do CP, que estabelece redução de pena de 1 a 2/3 – revogando a Súmula n. 554 do STF: "O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal."

O entendimento era no seguinte sentido: se o pagamento efetuado após a denúncia não obstava a ação penal, o pagamento efetuado antes da denúncia, impedia a ação penal.

Com a reforma penal de 1984, surgiu o instituto do arrependimento posterior (art. 16 do CP), que impõe a redução da pena para a hipótese.

Na prática, porém, por questão de política criminal, a súmula continua sendo aplicada. O Prof. Damásio entende que não houve cancelamento.

A reparação do dano feita após o recebimento da denúncia é mera atenuante genérica.

Frustrar o pagamento do cheque é o segundo núcleo do crime. Caracteriza-se pela existência de fundos no momento da emissão e o posterior impedimento do recebimento do valor, p. ex., sustação de cheque, saque da garantia antes da apresentação do cheque etc.

2.13.1. Consumação

Quando o banco sacado se recusa a efetuar o pagamento – basta uma única recusa.

2.13.2. Tentativa

A tentativa existe nas duas modalidades. Ex.: o agente atua com dolo mas esquece que tem dinheiro na conta e o banco paga o cheque. O agente quis o estelionato, mas por circunstâncias alheias à sua vontade o crime não se consumou.

2.13.3. Observação

O delito em estudo pressupõe que a emissão do cheque sem fundos tenha sido a fraude empregada pelo agente para induzir a vítima em erro e convencê-la a entregar o objeto. Não há crime quando o prejuízo preexiste em relação à emissão do cheque (ex.: empréstimo e posterior pagamento com cheque sem fundos).

Pela mesma razão, não há crime quando o cheque é entregue em substituição a outro título de crédito anteriormente emitido.

Se o agente encerra sua conta corrente, mas continua emitindo cheques que manteve em seu poder, configura o crime (art. 171, *caput*, do CP). É o estelionato do *caput* porque a fraude preexiste em relação à emissão do cheque.

Inexiste crime quando o cheque é emitido para pagamento de dívida de conduta ilícita (jogo, p. ex.).

No caso de cheque especial, só há crime se o cheque emitido superar o limite que o banco oferece ao correntista.

A natureza jurídica do cheque é de ordem de pagamento a vista. Qualquer atitude que desconfigure essa natureza afasta o delito em análise. Ex.: cheque pré-datado, cheque dado como garantia etc.

2.14. Art. 171, § 3.º, do CP – Causa de aumento de pena

Aumenta-se a pena em 1/3:

- Se o estelionato é praticado contra entidade de direito público. A Súmula n. 24 do STF estipula: "Aplica-se ao crime de estelionato, em que figure como vítima entidade autárquica da Previdência Social, a qualificadora do § 3.º do art. 171 do Código Penal".
- Se é praticado contra entidade assistencial, beneficente ou contra instituto de economia popular. Porque o prejuízo não atinge apenas as entidades, mas todos os seus beneficiários.

3. RECEPTAÇÃO – ART. 180 do CP

Trata-se de crime acessório, cuja existência exige a prática de um delito antecedente. O tipo menciona "produto de crime" para a caracterização da receptação, portanto, aquele que tem sua conduta ligada a uma contravenção anterior não comete receptação.

A receptação é crime contra o patrimônio, porém, o crime antecedente não precisa estar previsto no título dos crimes contra o patrimônio, mas é necessário que cause prejuízo a alguém (ex.: receber coisa produto de peculato).

A receptação é crime de ação pública incondicionada, independente da espécie de ação do crime anterior.

Existe receptação de receptação, "e respondem pelo crime todos aqueles que, nas sucessivas negociações envolvendo o objeto, tenham ciência da origem espúria do bem. Desse modo, ainda que tenha ocorrido uma quebra na seqüência, haverá receptação; por ex.: o receptador A vende o objeto para B, que não sabe da origem ilícita e, por sua vez, vende-o a C, que tem ciência da origem espúria do objeto. É óbvio que nesse caso A e C respondem pela receptação, pois o objeto não deixa de ser produto de furto apenas porque B não sabia da sua procedência" (Victor Gonçalves).

3.1. Art. 180, § 4.º, do CP

Trata-se de norma penal explicativa que impõe a autonomia da receptação, traçando duas regras: a receptação é punível ainda que desconhecido o autor do crime antecedente, ou isento o mesmo de pena

São causas de isenção de pena que não atingem o delito de receptação:

- excludentes de culpabilidade (p. ex.: inimputabilidade);
- escusas absolutórias (art. 181 do CP).

Comete crime de receptação quem adquire objeto furtado por alienado mental, ou por alguém que subtraiu do ascendente, p. ex.

De acordo com o disposto no art. 108 do CP, a extinção da punibilidade do crime anterior não atinge o delito que dele dependa, salvo duas exceções, *abolitio criminis* e anistia.

3.2. Sujeito Ativo

Pode ser praticado por qualquer pessoa, desde que não seja o autor, co-autor ou partícipe do delito antecedente.

O advogado não se exime do crime com o argumento de que está recebendo honorários advocatícios.

3.3. Sujeito Passivo

É a mesma vítima do crime antecedente.

O tipo não exige que a coisa seja alheia, no entanto o proprietário do objeto não comete receptação quando adquire o bem que lhe havia sido subtraído – porque não se pode ser sujeito ativo e passivo de um mesmo crime.

Tem-se como exceção o mútuo pignoratício – alguém toma um empréstimo e deixa com o credor uma garantia. Terceiro furta o objeto, sem qualquer participação do proprietário, e oferece a esse, que adquire com o intuito de favorecer-se. Há receptação porque o patrimônio do credor foi lesado com a perda da garantia.

3.4. Objeto Material

A coisa deve ser produto de crime ainda que tenha sido modificado; p. ex.:furto de automóvel – há receptação mesmo que sejam adquiridas apenas algumas peças.

O instrumento do crime (arma, chave falsa etc.) não constitui objeto do crime de receptação, pois não é produto de crime.

P.:Imóvel pode ser objeto de receptação?

R.: A doutrina não é pacífica:

- Como a lei não exige que a coisa seja móvel, tal como faz em alguns delitos (p. ex.: art. 155 do CP), Mirabete e Fragoso entendem que pode ser objeto de receptação.
- Na opinião de Damásio de Jesus, Nelson Hungria e Magalhães Noronha, a palavra receptação pressupõe o deslocamento do objeto, tornando prescindível que o tipo especifique “coisa móvel; dessa forma, excluem a possibilidade de um imóvel ser objeto de receptação. É a posição do STF.

3.5. Receptação Dolosa Simples – art. 180, *caput,* do CP

3.5.1. Receptação própria – art.180, caput, *1.ª parte, do CP*

São cinco as condutas típicas:

- *Adquirir*: obter a propriedade a título oneroso ou gratuito.
- *Receber:* obter a posse (emprestar).
- *Ocultar*: esconder.
- *Conduzir*: estar na direção, no comando do veículo.
- *Transportar*: levar de um lugar para outro.

As duas últimas figuras foram introduzidas no CP pela Lei n. 9.426/96.

A receptação distingue-se do favorecimento real (art. 349 do CP) porque nesse o agente oculta o objeto material do crime pretendendo auxiliar o infrator; naquela, o fato é praticado em proveito próprio ou alheio, há intenção de lucro e não de favorecer o sujeito ativo do delito anterior.

À receptação dolosa aplica-se o privilégio previsto no § 2.º do art. 155 do CP, como dispõe a 2.ª parte do § 5.º do art. 180 do CP.

3.5.2. Consumação

É delito material, consuma-se quando o agente adquire, recebe, oculta, conduz ou transporta, sendo que os três últimos núcleos tratam de crime permanente cuja consumação protrai-se no tempo, permitindo o flagrante a qualquer momento.

3.5.3.Tentativa

É possível.

3.5.4. Elemento subjetivo

É o dolo direto, o agente deve ter efetivo conhecimento da origem ilícita do objeto, não basta a dúvida (o dolo eventual).

O dolo subseqüente não configura o delito, como no caso de o agente vir a descobrir posteriormente que a coisa por ele adquirida é produto de crime.

3.5.5. Receptação imprópria – art. 180, **caput***, 2.ª parte, do CP*

A receptação imprópria consiste em influir para que terceiro, de boa-fé, adquira, receba ou oculte objeto produto de crime.

Influir significa persuadir, convencer etc.

A pessoa que influi chama-se intermediário, não pode ser o autor do delito antecedente e necessariamente tem de conhecer a origem espúria do bem, enquanto o terceiro (adquirente) deve desconhecer o fato.

Quem convence um terceiro de má-fé é partícipe da receptação desse.

3.5.6. Consumação

Ocorre no exato instante em que o agente mantém contato com o terceiro de boa-fé, ainda que não o convença a adquirir, receber ou ocultar – crime formal. Assim, não se admite tentativa, pois ou o agente manteve contato com o terceiro configurando-se o crime ou não, tornando-se fato atípico.

3.6. Causa de Aumento – Art. 180, § 6.º, do CP

É o antigo § 4.º, que cuidava de qualificadora, tendo sua natureza jurídica modificada pela Lei n. 9.426/96, tratando-se agora de causa de aumento.

Se o objeto é produto de crime contra a União, Estado, Município, concessionária de serviço público ou sociedade de economia mista, a pena aplica-se em dobro.

O agente deve saber que o produto do crime atingiu uma das entidades mencionadas. Se assim não fosse, haveria responsabilidade objetiva.

A figura do § 6.º só se aplica à receptação dolosa do *caput*.

3.7. Receptação Qualificada – art. 180, § 1.º, CP

A pena é de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa se o crime é praticado por comerciante ou industrial no exercício de suas atividades, que deve saber da origem criminosa do bem.

O *nomem juris* do delito está incorreto, pois trata-se de um tipo autônomo e próprio, já que só pode ser cometido por comerciante ou industrial.

Interpretação da expressão *deve saber*:

- Trata-se de dolo eventual (Celso Delmanto, Paulo José da Costa Júnior e Damásio de Jesus).
- Significa culpa (Nélson Hungria e Magalhães Noronha).

P.:Como punir o comerciante que sabe da procedência ilícita (dolo direto)?

R.: A questão não é pacífica:

- Alguns entendem que também incide a forma qualificada, uma vez que é conduta mais grave.
- O prof. Damásio defende a necessidade de aplicar o princípio da tipicidade plena, por isso o comerciante que "sabe" (dolo direto) só pode ser punido pela figura simples do *caput* Enquanto o comerciante que "deve saber" responde pela forma qualificada do § 1.º. Por essa interpretação a condenação torna-se injusta, pois a conduta mais grave terá pena menor.
- Outros afirmam que o "deve saber" é usado como elemento normativo do tipo; o juiz deve analisar, pelo ramo do comércio, se o comerciante tinha ou não a obrigação de saber da origem ilícita do bem.

3.8. Art. 180, § 2.º, do CP

Para fins penais, considera-se comerciante aquele que exerce sua atividade de forma irregular ou clandestina, mesmo que em residência.

É uma norma de extensão, pois explica o que se deve entender por "atividade comercial".

3.9. Receptação Culposa – Art. 180, § 3.º, do CP

Adquirir ou receber são os verbos do tipo, que excluiu a conduta "ocultar" por se tratar de hipótese reveladora de dolo.

Os crimes culposos, em geral, têm o tipo aberto, a lei não descreve as condutas, cabendo ao juiz a análise do caso concreto. A receptação culposa é exceção, pois a lei descreve os parâmetros ensejadores da culpa:

- Desproporção entre o valor de mercado e o preço pago: deve haver uma desproporção considerável, que faça surgir no homem médio uma desconfiança.
- Natureza do objeto: certos objetos exigem maiores cuidados quando de sua aquisição. Ex.: armas de fogo– deve-se exigir o registro.
- Condição do ofertante: quando é pessoa desconhecida ou que não tem condições de possuir o objeto, como no caso do mendigo que oferece um relógio de ouro.

O tipo abrange o dolo eventual, mesmo tratando-se de modalidade culposa. Entende a doutrina e a jurisprudência que o dolo eventual não se adapta à hipótese do *caput* do art. 180 do CP, que pune apenas o dolo direto, enquadrando-se na receptação culposa prevista no § 3.º do artigo.

3.9.1. Consumação

Quando a compra ou o recebimento se efetivam.

Não cabe tentativa, porque não se admite tentativa de crime culposo.

3.11. Art. 180, § 5.º, do CP

O parágrafo prevê o perdão judicial (na primeira parte) e a aplicação do § 2.º do art. 155 do CP – privilégio (na 2.ª parte).

O perdão judicial somente é aplicado à receptação culposa, exigindo que:

- o agente seja primário;
- o juiz considere as circunstâncias.

Trata-se de direito subjetivo do réu e não faculdade do juiz em aplicá-lo – não obstante a expressão *pode*.

4. DISPOSIÇÕES GERAIS

Válidas para todos os crimes contra o patrimônio.

4.1. Imunidades Absolutas – Art. 181 do CP

A conseqüência é a isenção de pena. Tem natureza jurídica de escusa absolutória; significa que subsiste o crime com todos os seus requisitos, excluindo-se apenas a punibilidade.

Em razão disso, a autoridade policial está impedida de instaurar inquérito policial.

4.1.1. Hipóteses legais

- Se o crime é praticado em prejuízo do cônjuge na constância da sociedade conjugal.

Pouco importa o regime de bens do casamento. Leva-se em conta a data do fato, que deve ocorrer na constância do casamento. Se o fato delituoso ocorre antes do casamento não persiste o benefício. *A separação de fato não exclui a imunidade*.

A imunidade alcança ao concubino, se o fato ocorre durante a vida em comum (*analogia in bonam partem*).

Não alcança os noivos, mesmo que venham a se casar.

- Se o crime é praticado em prejuízo de ascendente ou de descendente.

Atinge qualquer grau de parentesco na linha reta. Não abrange o parentesco por afinidade.

A enumeração legal é taxativa.

A obrigação de reparação do dano não é excluída.

4.2. Imunidades Relativas – Art. 182 do CP

Transformam o crime contra o patrimônio de ação penal pública incondicionada em condicionada à representação.

4.2.1. Hipóteses legais

Se o crime é cometido em prejuízo:

- Do cônjuge desquitado ou judicialmente separado.

Se o fato ocorre após o divórcio não há qualquer imunidade.

- De irmão, sejam germanos ou unilaterais.
- De tio ou sobrinho, com quem o agente coabita – deve ser na mesma residência e de forma não-transitória.

4.3. Art. 183 do CP

Prevê duas hipóteses em que fica vedada a aplicação das imunidades (absoluta e relativa):

- Nos crimes de roubo e de extorsão, ou, em geral, quando há emprego de violência ou grave ameaça (p. ex., esbulho possessório e dano qualificado pela violência ou grave ameaça).
- Ao terceiro que toma parte do crime.

O Prof. Damásio cita o seguinte ex.: o filho, em companhia de terceiro, subtrai bens de seu pai. O terceiro responde por delito de furto qualificado pelo concurso de agentes.

MÓDULO XIX

DIREITO PENAL

Praça Almeida Júnior, 72 – Liberdade – São Paulo – SP – CEP 01510-010
Tel.: (11) 3346.4600 – Fax: (11) 3277.8834 – www.damasio.com.br

1. ESTUPRO – ART. 213 DO CÓDIGO PENAL

"Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos."

1.1. Objetividade Jurídica

Proteger a liberdade sexual da mulher.

1.2. Sujeito Ativo

Em regra, o sujeito ativo é o homem; porém, a mulher também pode praticar crime de estupro se auxiliar na conduta delituosa – hipótese de concurso de agentes.

A mulher será autora mediata se utilizar um homem para manter conjunção carnal à força com outra mulher.

P.: Marido pode praticar estupro contra a mulher?

R.: Há duas corrente a respeito do tema:

- Uma sustenta que há crime se a esposa tem justa causa para negar a conjunção carnal. Para Nelson Hungria a resposta é "não, a não ser que ela tenha justa causa", como, por exemplo, no caso de doença venérea do marido. Essa corrente é a majoritária.

- A posição do Ministério Público de São Paulo, jungida aos ensinamentos do Professor Damásio de Jesus, entende que o marido pratica o crime de estupro sempre que precisa constranger a mulher a manter conjunção carnal.

P.: É possível o concurso de agentes no crime de estupro?

R.: Sim. Exemplificando: três homens revezam-se na prática da conjunção carnal – enquanto um mantém a relação sexual, os outros dois ajudam a constranger a vítima (é a denominada curra).

P.: Qual será a resposta penal para o exemplo acima citado?

R.: Cada um responderá por três delitos de estupro: um como autor e os outros dois como co-autores. A jurisprudência, entretanto, posiciona-se no sentido da existência de crime continuado.

P.: É possível crime continuado em estupro?

R.: Sim, tornando-se necessário distinguir duas situações:

- se, no mesmo contexto fático, o homem mantém diversas conjunções carnais com a mulher, configura-se crime único;

- se, em momentos distintos, o agente pratica o crime de estupro aproveitando-se das mesmas “condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes” – art. 71 do Código Penal , haverá crime continuado. Pode-se citar como exemplo o pai que estupra a filha um dia, depois outro etc., na mesma casa.

Atenção: mulher que força homem a manter com ela relação sexual pratica o crime de constrangimento ilegal.

A impotência sexual crônica torna o crime de estupro impossível; se a incapacidade ocorrer apenas naquele momento, haverá tentativa de estupro.

1.3. Sujeito Passivo

O sujeito passivo é a mulher.

A prostituta pode ser vítima de estupro porque a lei não menciona mulher honesta.

O hermafrodita pode ser vítima apenas se preponderar o órgão feminino.

1.4. Elementos Objetivos do Tipo

- *Conjunção carnal*: é o que diferencia o estupro do atentado violento ao pudor. A conjunção carnal consiste na introdução completa ou incompleta do pênis na vagina.

O coito vulvar, cópula vestibular, interfêmura, não configura o delito; entretanto, quando essa prática resultar gravidez, a jurisprudência reconhece o estupro.

A vagina forma-se completamente próximo dos 11 anos de idade.

P.: Se a vítima não tem vagina formada, é possível conjunção carnal?

R.: Existem duas posições:

- para a primeira, ocorre atentado violento ao pudor;
- para a segunda, defendida pelo Professor Damásio de Jesus, se o desenvolvimento do órgão permite a conjunção carnal, há crime de estupro.

- *Constrangimento da vítima:* "constranger" significa obrigar, forçar, coagir; a vítima tem de não querer; deve haver resistência, oposição, ainda que mínima, pois o consentimento afasta o crime.

O constrangimento caracteriza-se pela violência ou grave ameaça (promessa de um mal considerável).

O temor reverencial é a submissão em relação ao ascendente.

P.: O temor reverencial pode configurar constrangimento?

R.: Dependendo do caso concreto e das condições da vítima, é possível evidenciar-se o constrangimento.

A ameaça não tem de ser injusta. Ex.: policial diz para presa manter relação com ele, senão continuará presa – isso caracteriza estupro.

Em caso de violência durante a conjunção carnal consentida não se exprime o crime de estupro, mas sim o de lesão corporal. A violência descrita no art. 213 do Código Penal deve acontecer antes, visando a obtenção da conjunção carnal.

1.5. Elemento Subjetivo do Tipo

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, consistente na vontade de obter a conjunção carnal.

1.6. Consumação

A consumação ocorre com a conjunção carnal, ou seja, introdução completa ou incompleta do pênis na vagina.

1.7. Tentativa

A tentativa é possível, desde que o agente inicie a execução e não alcance a consumação por circunstâncias alheias a sua vontade.

P.: Estupro admite desistência voluntária?

R.: Sim, respondendo o agente pelos atos anteriormente praticados.

1.8. Assédio Sexual

Até o advento da Lei n. 10.224/2001, o assédio sexual não tinha tipificação adequada no Brasil; restava a subsunção à contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da LCP).

Com a citada lei, o assédio sexual passou a ser crime descrito no art. 216-A do Código Penal: "Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena – detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos".

1.9. Concurso de Crimes

1.9.1. Estupro e atentado violento ao pudor

Se os atos libidinosos foram praticados como preliminar para a conjunção carnal, caracteriza-se apenas o estupro.

Se os atos foram praticados de forma independente, há concurso material de crimes.

1.9.2. Estupro e perigo de contágio venéreo

Se o agente é portador de doença venérea e comete o delito de estupro, há concurso formal (apenas uma conduta ofendendo mais de um bem jurídico).

Se o agente queria estuprar e transmitir a doença venérea, o concurso formal é impróprio – art. 70, segunda parte, do Código Penal. As penas serão somadas porque as condutas resultam de desígnios autônomos.

Obs.: Aids não é hipótese de doença venérea; se a intenção do agente é transmiti-la, enquadra-se na tentativa de homicídio.

1.9.3. Estupro e posse sexual mediante fraude

Não é possível o concurso de crimes nessa hipótese porque, na posse sexual mediante fraude, a conjunção carnal é consentida (decorrência da fraude), tornando-se incompatível com o estupro, que exige o dissentimento da vítima.

Descoberta a fraude, se a vítima resistir e o agente forçá-la, mediante violência ou grave ameaça, haverá estupro.

2. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – ART. 214 DO CÓDIGO PENAL

"Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos".

2.1. Diferenças entre Estupro e Atentado Violento ao Pudor

No estupro, o sujeito passivo é a mulher; no atentado violento ao pudor, qualquer pessoa.

O estupro exige a conjunção carnal; o atentado violento ao pudor configura-se mediante a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

2.2. Bem Jurídico Tutelado

O bem jurídico tutelado é a liberdade sexual de qualquer pessoa.

2.3. Sujeito Ativo e Sujeito Passivo

O sujeito ativo e o sujeito passivo podem ser qualquer pessoa.

Atenção: quando homem é constrangido a manter relação carnal, o delito é de constrangimento ilegal.

A impotência impede a prática do estupro, mas não de atentado violento ao pudor, que prescinde da conjunção carnal.

O ato libidinoso deve ser considerado objetivamente. Toma-se por base a conduta que é ofensiva para o pudor coletivo, não para o agente. Ex.: infrator que satisfaz seu impulso de luxúria acariciando o cabelo da vítima; não há ato lascivo nessa conduta, descaracterizando o atentado violento ao pudor.

Se o agente constrange a vítima, obrigando-a a se masturbar para que possa contemplá-la (visão lasciva do agente), há crime de atentado violento ao

pudor. Posição contrária defende que é caso de constrangimento ilegal, porque, segundo Nelson Hungria, para caracterização do atentado violento ao pudor exige-se o contato físico.

P.: O ato libidinoso precisa acontecer entre o agente e a vítima?

R.: O entendimento majoritário é de que não precisa. Ex.: o autor do crime constrange a vítima a praticar ato libidinoso em terceiro.

O terceiro pode ser vítima (se desconhecer o constrangimento daquela que pratica o ato) ou um co-autor.

P.: A vítima tem de participar do ato?

R.: Sua participação é sempre necessária, porque o tipo é expresso "... praticar ou permitir que com ele se pratique ...".

Se a vítima é obrigada a assistir o ato libidinoso diverso da conjunção carnal em outras pessoas, não está praticando, nem permitindo que se pratique. É caso de constrangimento ilegal ou corrupção de menores (se for menor entre 14 e 18 anos).

P.: A vítima precisa ter consciência do ato libidinoso que está praticando?

R.: Não, porque o ato deve ser objetivamente libidinoso.

2.3.1. Observações

A vítima não precisa estar sem roupa.

A vítima precisa se opor, ou seja, o constrangimento deve ficar caracterizado.

O ataque-surpresa pode configurar atentado violento ao pudor – violência presumida.

A palavra e o escrito obscenos não configuram o crime de atentado, pois a manifestação corpórea é indispensável para sua caracterização.

2.4. Elemento Subjetivo do Tipo

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, consistente na vontade de praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

2.5. Consumação e Tentativa

O atentado violento ao pudor consuma-se com a prática do ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

A tentativa é admissível quando, empregada a violência, a conduta não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

O beijo lascivo, sem o consentimento da vítima, pode configurar a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da LCP).

MÓDULO XX

DIREITO PENAL

Praça Almeida Júnior, 72 – Liberdade – São Paulo – SP – CEP 01510-010
Tel.: (11) 3346.4600 – Fax: (11) 3277.8834 – www.damasio.com.br

1. SEDUÇÃO – ARTIGO 217 DO CÓDIGO PENAL

"Seduzir mulher virgem, menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (catorze), e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos".

1.1. Objeto Jurídico

Tutela-se a honra sexual (a virgindade) da menor.

1.2. Sujeito Passivo

Sujeito passivo é a mulher virgem, maior de 14 e menor de 18 anos de idade, que nunca manteve conjunção carnal, independentemente da integridade do hímen.

Considera-se a mulher maior de 14 anos no dia seguinte da data do seu aniversário. Se for menor de 14 anos, configura-se estupro em razão da presunção de violência (art. 224, "a" do CP).

P.: Mulher anteriormente estuprada pode ser vítima de sedução?

R.: Não, uma vez que não preenche o requisito da virgindade exigido pelo tipo.

1.3. Sujeito Ativo

Sujeito ativo é o homem, pois a conjunção carnal integra os elementos do tipo. A mulher pode ser partícipe. Há, ainda, quem afirme na doutrina, isoladamente, a possibilidade da mulher ser co-autora do crime de sedução.

1.4. Elementos Objetivos do Tipo

O núcleo do tipo é o verbo seduzir, no sentido de convencer, atrair, dominar, conquistar, viciar a vontade da menor para com ela manter conjunção carnal.

A *inexperiência* e a *justificável confiança* são elementos normativos do tipo, ou seja, sujeitam-se a um juízo de valor. A lei não exige a aferição de ambos para configuração do delito, pois são requisitos alternativos.

Inexperiente é a menor sexualmente ingênua ou inocente, que não conhece a prática dos atos de natureza sexual. A inexperiência não deve ser confundida com a falta de cultura. A doutrina classifica essa hipótese como *sedução simples*.

Justificável confiança é a especial relação entre o autor e a vítima, que permite àquele ludibriar esta com promessa séria de casamento, noivado oficial etc. Nesse caso não se discute a experiência da vítima. A doutrina caracteriza a hipótese como *sedução qualificada*.

A mulher experiente e virgem pode ser vítima de sedução pela justificável confiança.

1.5. Elemento Subjetivo

O crime de sedução é punível a título de dolo, vontade de seduzir.

P.: É possível que o agente alegue desconhecimento sobre a idade da vítima ou acerca da sua virgindade?

R.: Sim, pois a vítima pode aparentar ou dizer que tem mais idade. Pode, também, o hímen ser complacente, fazendo com que o agente incorra em erro de tipo. Nesses casos exclui-se o dolo, desde que o erro seja invencível (art. 20 do CP).

O Professor Damásio de Jesus afirma que a "honestidade da vítima verifica-se implícita no tipo; é elementar do crime que a ofendida seja pessoa de bons costumes".[1]

1.6. Consumação e Tentativa

O crime consuma-se com a conjunção carnal.

A tentativa é admissível, apesar da dificuldade encontrada para a constatação.

---

[1] JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. 14.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Vol. 3.

2. CORRUPÇÃO DE MENORES – ARTIGO 218 DO CÓDIGO PENAL

"Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos".

2.1. Objeto Jurídico

Tutela-se a moral sexual dos menores.

2.2. Sujeito Passivo

Sujeito passivo é qualquer pessoa (homem ou mulher), desde que maior de 14 e menor de 18 anos de idade. Assim, não se considera vítima a pessoa com menos de 14 anos e um dia ou com 18 anos completos.

P.: Menor prostituída pode ser vítima de corrupção?

R.: Não, porque não há mais o que corromper.

Obs.: o legislador pátrio foi omisso, não tipificando a conduta do agente que obriga vítima menor de 14 anos a presenciar ato de libidinagem. Não é possível enquadrar essa conduta no delito de constrangimento ilegal porque o nosso Direito Penal não considera a vontade do menor de 14 anos. A presente

conduta também não configura atentado violento ao pudor nem estupro porque presenciar não é praticar.

2.3. Elementos Objetivos do Tipo

Esse crime tutela a moral sexual.

Corromper: depravar, perverter a moral sexual do menor.

O menor pode estar parcialmente corrompido; neste caso, haverá o crime. Ex.: menina de 15 anos “saidinha”, mas alguém a transforma em prostituta. Também é crime ajudar, auxiliar a corromper = facilitar.

P.: Basta o ato de libidinagem para ocorrer a corrupção de menores?

R.: Para Nelson Hungria, corrupção de menores é crime formal, ou seja, basta o ato de libidinagem. Os autores mais atuais dizem que o crime é material, ou seja, não basta o ato de libidinagem; é preciso a efetiva corrupção, sendo essa a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência.

Antigamente, podia-se dizer que o crime era formal, pois o ato libidinoso deteriorava a moral sexual do menor por não ser normal para a época. O ato de libidinagem, hoje, por si só, não corrompe; em conseqüência, o delito passou a ser material.

A conjunção carnal está incluída na corrupção de menores.

Existe um outro crime de corrupção de menores que consta na Lei n. 2.252/54. Difere do previsto no art. 218 do Código Penal (moral sexual). A Lei

especial tipifica a corrupção do menor de 18 anos para a prática de ilícitos penais, tais como furto e roubo.

2.4. Elemento Subjetivo do Tipo

É o dolo, intenção de corromper.

O autor pode alegar que não sabia que a pessoa era menor; a dúvida exclui o dolo.

2.5. Consumação

Se o crime for considerado formal, segundo posição de Nelson Hungria, a prática de qualquer ato libidinoso consuma o delito; se entendido que o crime é material, a consumação ocorre com a prática do ato que leve à corrupção.

2.6. Tentativa

É possível. Se o crime for tido como:

- *formal*: qualquer tentativa de ato libidinoso configura a tentativa de corrupção de menores;
- *material*: para que haja tentativa de corrupção de menores, é preciso que a tentativa de um ato libidinoso leve à efetiva corrupção.

3. RAPTO VIOLENTO OU MEDIANTE FRAUDE – ARTIGO 219 DO CÓDIGO PENAL

"Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos."

3.1. Objeto Jurídico

Tutela-se a liberdade física e sexual da mulher, além da organização familiar.

3.2. Sujeito Passivo

Apenas a mulher honesta pode ser sujeito passivo desse delito, pois é elemento normativo do tipo. Averigua-se, após um juízo de valoração, o comportamento da mulher: para ser honesta, deve ser aceita pela sociedade.

Mulher desonesta, prostituta, depravada, não pode ser sujeito passivo da incriminação.

3.3. Sujeito Ativo

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, não havendo distinção de sexo.

3.4. Elementos Objetivos do Tipo

A conduta-núcleo do tipo é o verbo raptar, no sentido de privar de liberdade, seqüestrar, subtrair a pessoa.

Aqui cabe ressaltar a diferença entre o crime em estudo e o seqüestro. Rapto é a privação de liberdade com fim libidinoso. Se não houver esse fim, configura-se o crime de seqüestro.

3.5. Meios de Execução

O rapto pode ser violento ou mediante fraude:

- subtração da vítima da esfera de vigilância de seus responsáveis, passando ao domínio do agente;
- *rapto por retenção*: caracteriza-se quando a vítima, após ser atraída por meio de fraude, é impedida de se retirar do local, ficando sob o domínio do agente.

3.6. Elementos Subjetivos do Tipo

Os elementos subjetivos do tipo são dois: o dolo e o fim libidinoso (intenção de satisfação sexual).

Ausente o especial fim de agir (libidinoso), pode subsistir o delito de constrangimento ilegal (art. 146 do CP) ou o seqüestro (art. 148 do CP), desde que presentes as respectivas elementares.

3.7. Consumação

O rapto é crime formal e se consuma com a privação da liberdade da vítima por tempo juridicamente relevante.

3.8. Tentativa

Admite-se a tentativa quando não atinge a privação da liberdade da vítima, apesar do emprego da violência, grave ameaça ou fraude.

4. RAPTO CONSENSUAL – ARTIGO 220 DO CÓDIGO PENAL

"Se a raptada é maior de 14 (catorze) anos e menor de 21 (vinte e um), e o rapto se dá com seu consentimento:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos".

4.1. Objetos Jurídicos

Tutela-se o pátrio poder e a autoridade tutelar exercida sobre a mulher maior de 14 e menor de 21 anos de idade, bem como a liberdade sexual da mulher.

Considera-se rapto consensual, por exemplo, levar uma mulher de 20 anos ao motel.

Para a jurisprudência, se a iniciativa (no sentido de ir ao local por vontade própria) é da mulher, não há crime.

5. RAPTO PRIVILEGIADO – ARTIGO 221 DO CÓDIGO PENAL

"É diminuída de um terço a pena, se o rapto é para fim de casamento, e de metade, se o agente, sem ter praticado com a vítima qualquer ato libidinoso, a restitui à liberdade ou a coloca em lugar seguro, à disposição da família".

O art. 221 elenca duas formas de diminuição de pena:

- se o agente objetiva o casamento com a vítima, a pena é reduzida de um terço;
- se o agente restituir a vítima, sem praticar com ela qualquer ato libidinoso, ou a colocar em lugar seguro à disposição da família, a redução é de metade da pena.

Cumpre observar que tanto a doutrina como a jurisprudência admitem a cumulação desses dois benefícios.

6. DISPOSIÇÕES GERAIS DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES

6.1. Formas Qualificadas – Artigo 223 do Código Penal

"Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena reclusão de 8 a 12 anos.

Parágrafo único: Se do fato resulta morte:

Pena reclusão de 12 a 25 anos".

O art. 223 do Código Penal prescreve formas de crimes contra os costumes qualificados pelo resultado. São delitos preterdolosos, devendo o resultado agravador ser proveniente de culpa.

- se da violência resultar lesão corporal grave;
- se do fato resultar morte.

Diversamente, se o agente causar lesão corporal grave ou morte dolosamente, deve ser aplicada a regra do concurso material.

Discute-se na doutrina sobre quais crimes incidem as qualificadoras do art. 223. A posição majoritária entende que se aplicam apenas ao estupro e ao atentado violento ao pudor.

Victor Eduardo Rios Gonçalves expõe sobre a divergência da seguinte forma:

"Tendo em vista que a lei não esclarece a quais crimes as qualificadoras se aplicam, existe grande controvérsia envolvendo o tema, pois, por estarem descritas no Capítulo das disposições gerais, as qualificadoras seriam aplicáveis a todos os crimes sexuais que tivessem como pressuposto o emprego de violência (estupro, atentado violento ao pudor e rapto violento). Prevalece, entretanto, o entendimento de que as qualificadoras não se aplicam ao crime de rapto violento, uma vez que a pena é extremamente excessiva para a hipótese e porque o art. 222 do Código Penal determina a aplicação do concurso material entre o rapto e qualquer outro delito praticado durante sua execução ou após sua consumação. Assim, o agente responde por crime de rapto em concurso material com lesões corporais ou homicídio, e não pelo crime qualificado".[2]

O *caput* do art. 223 traz a expressão "violência", o parágrafo em "fato". Como o parágrafo sempre se refere ao *caput*, prevalece o entendimento que tanto para o *caput* como para o parágrafo é necessário o emprego de violência; desta surgindo o nexo causal que efetiva o resultado. O resultado agravador, lesão corporal grave ou morte, deve ocorrer na vítima do estupro ou do atentado violento ao pudor, não podendo acontecer em terceiro (que, por exemplo, tenta salvar a vítima e é alvejado pelo agente).

P.: Aplica-se a redução da tentativa, apesar da ocorrência do resultado agravador lesão corporal grave ou morte (ex.: estupro tentado com resultado morte)?

R.: Majoritariamente, entende-se que não, porque o art. 223 do Código Penal é um tipo penal autônomo; tem preceito primário e secundário. É qualificado pelo resultado, não é qualificadora. Sendo autônomo, a tentativa

[2] GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Sinopses Jurídicas*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Vol. 10. p. 19.

de estupro ou atentado violento ao pudor, com a consumação da lesão corporal grave ou morte, ensejam a consumação.

Assim, conclui-se que são elementos do tipo do art. 223 do Código Penal, a existência de um crime contra os costumes praticado com violência e com resultado culposo (morte ou lesão grave). Presentes esses elementos, o crime está consumado. Não é possível a tentativa porque não existe tentativa de crime culposo.

P.: Vítima de crime contra os costumes, menor de 14 anos, com resultado lesão corporal grave ou morte. Qual a solução jurídica mais acertada?

R.: Além da presunção de violência, o art. 9.º da Lei n. 8.072/90 manda aplicar um aumento de metade da pena. Trata-se de crime hediondo; não havendo qualquer discussão na doutrina e na jurisprudência, o entendimento é pacífico.

A divergência existe apenas quanto à aplicação do art. 9.º da Lei n. 8.072/90 ao art. 224 do Código Penal.

Se não houver morte ou lesão corporal, sendo a vítima menor de 14 anos, trata-se de estupro com violência presumida. Assim, os seguintes posicionamentos:

- Não pode ser aplicado o art. 9.º na hipótese de presunção de violência porque haveria *bis in idem*. A mesma circunstância que presume a violência aumenta a pena no art. 9.º da Lei dos Crimes Hediodos.
- Pode, pois não há *bis in idem*. O art. 224 do Código Penal é apenas uma norma explicativa, interpretativa. O art. 9.º da Lei dos Crimes Hediondos pode ser aplicado.
- Para o Ministério Público aplica-se o art. 9.º.
- Para a Magistratura, há divergência, mas no Tribunal de Justiça a maioria dos julgados é pela não-aplicação do art. 9.º.

6.2. Presunção de Violência – Artigo 224 do Código Penal

"Presume-se a violência, se a vítima:

a. não é maior de 14 (catorze) anos;

b. é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;

c. não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência."

6.2.1. Menoridade da vítima

No dia em que completa 14 anos ainda está dentro da hipótese de presunção; esta é elidida quando a vítima possui 14 anos e 1 dia.

Prova-se a menoridade da vítima por qualquer meio admitido em Direito (certidão, exame médico de fixação da idade, prova testemunhal).

Havendo certidão de nascimento, esta prevalece, pois tem presunção de veracidade, até que se prove em contrário.

A presunção é relativa porque o agente pode não saber que a vítima é menor de idade. A prova a ser feita em sentido contrário refere-se à idade.

A dúvida do agente quanto à menoridade da vítima é indiferente; a dúvida caracteriza dolo eventual.

Se a menor quiser, da prática do ato prevalece a presunção. Há apenas uma decisão em sentido contrário, proveniente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Marco Aurélio.

6.2.2. Deficiência mental da vítima

Debilidade mental é expressão técnica; a vítima deve ser inimputável.

Se a vítima for semi-imputável, não estamos diante da presunção de violência.

Prova-se a inimputabilidade por laudo pericial.

A dúvida acerca da inimputabilidade favorece o agente, uma vez que a lei exige que ele tenha conhecimento; requer-se, portanto, dolo direto.

6.2.3. Impossibilidade de resistência da vítima por qualquer outra causa

Ex.: vítima doente, embriagada, drogada, idade avançada, surpresa etc.

A impossibilidade deve ser total. Ex.: embriaguez completa.

O agente não precisa causar a impossibilidade; basta que se aproveite do momento para que incida a presunção de violência.

Todas as três hipóteses do art. 224 do Código Penal são de presunção relativa e admitem prova em contrário.

7. AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES – ARTIGO 225 DO CÓDIGO PENAL

Regra: ação penal privada

Exceções:

- *Ação penal pública condicionada à representação*: quando a vítima e seus pais forem pobres, não podendo prover as despesas do processo sem privarem-se dos recursos indispensáveis para a própria manutenção e de sua família. Verifica-se o caso concreto.

Na prática prova-se por atestado da autoridade policial, mas pode ser feita por qualquer meio.

P.: Até que momento esta prova pode ser feita?

R.: Até a sentença final, porque pode a pobreza ser constatada em Juízo, no curso do processo.

- *Ação penal pública incondicionada*: quando do crime resultar lesão corporal grave ou morte (art. 223). O art. 223 é um tipo autônomo próprio, que se encontra no mesmo capítulo do art. 225.
- *Ação penal pública incondicionada*: quando o crime for praticado com abuso do pátrio poder ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador. Quem pratica o crime é o próprio representante legal.
- *Ação penal pública incondicionada*: quando o crime for praticado com violência real: vias de fato ou lesão corporal (leve).

Segundo a Súmula n. 608 do Supremo Tribunal Federal, no crime de estupro praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.

Essa regra tem por base o art. 101 do Código Penal, que trata do crime complexo. Tem como elemento do tipo um fato que por si só já é crime. Se a ação penal é pública para este elemento, deve ser também para o todo.

Essa Súmula foi questionada com o advento da Lei n. 9.099/95.

Com o advento dessa Lei, a lesão corporal leve passou a ser de ação penal pública condicionada à representação. Discute-se, ainda, quanto a vias de fato. A doutrina afirmou estar a Súmula revogada, mas o Supremo Tribunal Federal a manteve porque a Lei n. 9.099/95 só tem aplicação para os crimes de menor potencial ofensivo, e não para os crimes hediondos.

7.1. Causas de Aumento da Pena – Artigo 226 do Código Penal

A pena é aumentada de 1/4 nas seguintes hipóteses:

- Quando o crime for praticado em concurso de agentes.
- Se o agente for ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor, curador, preceptor ou empregador ou, ainda, pessoa que tenha autoridade sobre a vítima.
- Se o agente for casado (união for estável) ou separado, há quem entenda que acresce a pena ou não. O divorciado está excluído.

Se a pessoa estiver incursa nas três hipóteses de aumento, aplica-se o acréscimo uma só vez, e as demais ficam como circunstâncias judiciais na aplicação da pena.

7.2. Extinção da Punibilidade – Hipóteses

- *Casamento da vítima com o agente*: o casamento deve ser efetivo. Essa causa comunica-se aos demais autores do crime (causa objetiva comunicável). Se o casamento ocorrer durante o inquérito policial, extingue a punibilidade, sem a permanência de qualquer efeito; depois do trânsito em julgado da condenação, os efeitos secundários persistem (só não há o cumprimento de pena).

Exceção: não ocorre a extinção da punibilidade quando o crime acarretar lesão corporal de natureza grave. Neste caso, aplica-se o art. 223 do Código Penal, tipo qualificado (art. 107, inc. VII, do CP).

- *Casamento da vítima com terceiro*: não ocorre a extinção da punibilidade se o crime foi praticado mediante violência real ou

grave ameaça (art. 107, inc. VIII, do CP). Só é possível nos casos de violência presumida ou fraude, desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 dias, a contar da celebração do matrimônio. Se o matrimônio acontecer após o trânsito em julgado da sentença, não haverá a extinção da punibilidade.

8. ATO OBSCENO – ARTIGO 233 DO CÓDIGO PENAL

Ato obsceno é a manifestação corpórea de caráter sexual que ofenda o pudor público.

8.1. Objetividade Jurídica

É o pudor público.

- *Pudor*: sentimento de vergonha, de timidez, que a pessoa normal tem diante de certos atos que ofendem a moral sexual.
- *Pudor público*: é o padrão médio de pudor da sociedade.

O padrão de pudor público varia de acordo com o local (ex.: cidade do interior que mantém costumes tradicionais, e cidade grande que possui outros valores), o tempo (ex.: carnaval) etc.

O ato obsceno deve ser verificado de acordo com o caso concreto. Ex.: o *topless* no Rio de Janeiro, naquele momento, hora e local, não ofendeu ao pudor público.

8.2. Sujeito Ativo

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa.

8.3. Sujeito Passivo

Sujeito passivo é a coletividade (crime vago).

8.4. Elementos Objetivos do Tipo

- *Praticar ato obsceno*

Ato obsceno não é sinônimo de ato libidinoso (que visa à satisfação sexual). O ato obsceno não tem esse objetivo; basta que tenha cunho sexual. Ex.: mostrar os seios é ato de natureza sexual.

Palavra obscena ou escrito obsceno não são atos; não configuram o art. 233 do Código Penal, podendo se enquadrar na contravenção penal importunação ofensiva ao pudor(art. 61 da Lei das Contravenções Penais).

Obs.: o ato pode ser ao mesmo tempo libidinoso e obsceno. Ex.: beijo lascivo em praça pública é ato libidinoso tendente à satisfação sexual, e também ato obsceno, ofensivo à moral pública.

- *Em lugar público, aberto ou exposto ao público*

Lugar público é aquele em que um número indeterminado de pessoas tem acesso. Ex.: praça, rua, praia.

Não importa o horário ou se há movimento de carros ou pessoas, podendo ser até de madrugada: o lugar continuará sendo público.

Lugar ermo é aquele inacessível; é o oposto de lugar público. Ato obsceno praticado em lugar ermo não configura crime. Uma praia pode ser lugar ermo, se de difícil acesso. Lugar escuro não é lugar ermo.

Lugar aberto ao público é aquele que também é acessível a um número indeterminado de pessoas, que exige uma condição para entrada destas, como, por exemplo, ingresso ou convite (teatro, cinema, estádio de futebol).

Teatro de sexo explícito ou nudismo não configura ato obsceno porque está plasmado ao contexto artístico: sexo, naquele local e dentro de um determinado contexto teatral, não ofende ao pudor público.

Lugar exposto ao público é o local privado que pode ser visto por um número indeterminado de pessoas. Ex.: sala com janela voltada para rua, piscina, jardim voltados para prédios vizinhos etc.

Trocar de roupa em um apartamento com a janela aberta não é ato obsceno porque só o vizinho poderá ver (pessoa determinada). Dependendo do caso, poderá ser hipótese de importunação ofensiva ao pudor.

Um casal dentro de um carro, praticando atos obscenos, configura o delito do art. 233 do Código Penal, pois está exposto ao público.

8.5. Elemento Subjetivo do Tipo

Basta o dolo de praticar o ato. Não é exigida nenhuma finalidade especial do agente.

O agente pode querer protestar e, para isso, tira a roupa. Ainda que lícito o seu protesto, praticará o delito.

Não precisa haver intenção de ofender, mas sim apenas de praticar o ato obsceno.

8.6. Consumação e Tentativa

A consumação ocorre com a prática do ato.

A tentativa não é admitida porque ou o ato é praticado e ofende ao pudor público ou é um indiferente penal.

Ex.: agente comete atentado violento ao pudor no meio da rua: haverá concurso formal entre os delitos dos arts. 214 e 233 do Código Penal.

8.7. Concurso de Crimes

O ato obsceno pode ocorrer em concurso com outros crimes (estupro, atentado violento ao pudor ou corrupção de menores).

MÓDULO XXI

DIREITO PENAL

Praça Almeida Júnior, 72 – Liberdade – São Paulo – SP – CEP 01510-010
Tel.: (11) 3346.4600 – Fax: (11) 3277.8834 – www.damasio.com.br

DIREITO PENAL

1. CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

1.1. Falsificação de Alimentos – Artigo 272 do Código Penal

"Corromper, adulterar, falsificar ou alterar substância ou produto alimentício destinado a consumo, tornando-o nocivo à saúde ou reduzindo-lhe o valor nutritivo:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa".

1.1.1. Objetividade jurídica

Proteção à saúde pública, à incolumidade pública.

É crime de perigo concreto, uma vez que a lei exige efetiva situação de perigo ("tornando-o nocivo à saúde ou reduzindo-lhe o valor nutritivo").

Os crimes podem ser de dano ou de perigo. No primeiro caso, a lei exige um dano efetivo (morrer, machucar etc.). No segundo, basta o perigo, que prescinde de resultado material (perigo de comer e morrer). O crime de perigo divide-se em:

- *Perigo abstrato*: apesar das teorias contra, ainda existe no Direito Penal. A conduta é presumida, pela lei, como perigosa.
- *Perigo concreto*: a lei exige uma situação efetiva de perigo.

É necessário laudo pericial que comprove, além da adulteração, que o alimento tornou-se nocivo à saúde (perigo concreto).

Um produto com validade vencida, por exemplo, não se enquadra nesse artigo, salvo se comprovado que se tornou nocivo à saúde.

A nocividade pode ser positiva ou negativa (divisão feita pela doutrina). A positiva constata-se no caso de o produto ser nocivo à saúde. A negativa, na hipótese de ter reduzido valor nutritivo (o produto deixa de conter suas propriedades; por exemplo, perde suas vitaminas).

1.1.2. Sujeito ativo

Qualquer pessoa, inclusive o fabricante, comerciante etc.

1.1.3. Sujeito passivo

É a coletividade, os consumidores em geral.

Se a vítima é a coletividade, o crime atinge um número indeterminado de pessoas. Por isso, se o crime atingir pessoa determinada, não se subsume ao art. 272, podendo incorrer em lesão corporal (art. 129 do CP), tentativa de homicídio (art. 121 do CP), periclitação da vida ou da saúde de outrem (arts. 130 e ss. do CP) etc.

A falsificação de alimentos não é crime hediondo.

A epígrafe da Lei n. 9.677/98, que dá nova redação ao artigo, afirma ser hediondo esse crime, mas o texto não confirma isso, e a epígrafe não tem força

de lei. Adveio a Lei n. 9.695/98, que inclui somente a falsificação de remédios no rol dos crimes hediondos, não mencionando a falsificação de alimentos.

1.1.4. Condutas típicas

As condutas típicas, em princípio, podem ser usadas como sinônimos. Mas, na lei, cada uma tem seu significado:

- *Corromper*: estragar, infectar, desnaturar, deteriorar, empobrecer, decompor.
- *Adulterar*: mudar para pior, introduzir um componente na substância ou produto alimentício.
- *Falsificar*: alterar com fraude (fazer parecer verdadeiro).
- *Alterar*: modificar de qualquer forma.

Não basta a prática dessas condutas – é necessário que elas tornem o produto nocivo à saúde ou que reduzam seu valor nutritivo.

1.1.5. Objeto material

O objeto material é a substância ou produto alimentício, ou seja, aquilo destinado à alimentação de ser humano.

A substância pode ser líquida, sólida, natural, industrializada, preparada, de primeira necessidade ou não.

O § 1.º do art. 272 do Código Penal equipara bebidas, com teor alcoólico ou não, a alimentos.

O tipo penal traz um outro elemento: “destinado a consumo”. A substância ou produto deve atingir um número indeterminado de pessoas (coletividade).

Se alguém quiser adulterar o alimento de uma pessoa específica, incorrerá em outro delito (exemplos: lesão corporal, homicídio, tentativa de homicídio, periclitação da vida e da saúde de outrem etc.).

A expressão “destinado a consumo” abrange toda a cadeia de produção e consumo. Não só os alimentos que estão em uma prateleira de supermercado, mas o estoque inteiro, por exemplo, é incluído, pois é destinado ao consumo. A jurisprudência cita, ainda, o óleo corrompido usado nas pastelarias, a adição de sulfato de sódio na carne, o bromato de potássio no pão, a alteração de uísque.

A conduta não se tipifica com os alimentos que estão sendo transportados para o supermercado, ainda não destinados ao consumo.

1.1.6. Elemento subjetivo do tipo

O elemento subjetivo do tipo é o dolo. Não há necessidade de finalidade especial, basta o dolo genérico.

É possível a forma culposa.

1.1.7. Consumação e tentativa

A consumação ocorre quando o produto se torna nocivo à saúde ou tem reduzido o seu valor nutritivo. O efetivo consumo do produto é mero exaurimento.

A tentativa é possível.

1.1.8. Figuras equiparadas

§ 1.º-A : fabricar, vender, expor à venda, importar, ter em depósito para vender, distribuir ou entregar, de qualquer forma, a consumo.

1.1.9. Modalidade culposa – § 2.º

Pune as condutas previstas quando praticadas de forma culposa.

1.1.10. Crime qualificado pelo resultado

O art. 285 do Código Penal determina a aplicação do art. 258, do mesmo diploma, quando:

- *o crime é doloso e resulta em lesão corporal de natureza grave*: a pena privativa de liberdade é aumentada de metade;
- *o crime é doloso e resulta em morte*: a pena é aplicada em dobro;
- *o crime é culposo e resulta em lesão corporal*: a pena aumenta de metade;

- *o crime é culposo e resulta em morte*: a pena será a do homicídio culposo aumentada de 1/3.

As duas primeiras hipóteses configuram crime preterdoloso.

1.2. Falsificação de Remédios

O crime de falsificação de remédios é parecido com o de falsificação de alimentos, pois contém as mesmas condutas: falsificar, corromper, adulterar, alterar.

1.2.1. Objeto material

Produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais.

1.2.2. Objetividade jurídica

A saúde pública. Trata-se de crime de perigo abstrato, não exige resultado.

1.2.3. Elementos objetivos do tipo

Produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais – são aqueles aptos a tratar, curar ou aliviar doenças.

Objetos materiais equiparados (§ 1.º-A):

- *Medicamentos:* substâncias preparadas ou utilizadas como remédio; é abrangente. Exemplos: remédio para baixar o colesterol, vacinas – não servem apenas para curar.

- *Matéria-prima*: substância com a qual é preparado, produzido o remédio.

- *Insumos farmacêuticos*: são produtos utilizados para fazer o remédio, mas que não são propriamente medicamentos. Exemplo: sabor artificial de laranja, para melhorar o gosto do remédio.

  Insumos por si sós, não são medicamentos.

- *Cosméticos*: produtos de maquiagem, de limpeza de pele. Exemplo: falsificar batom, esmalte, desodorante.

- *Saneantes*: são os produtos de limpeza. Exemplos: sabão em pó, detergente para louças.

- *Produtos de uso em diagnóstico*: produtos utilizados para detectar a extensão da doença. Exemplo: corante para contraste.

O crime de falsificação de remédios, com o advento da Lei n. 9.695/98, foi incluído no rol dos crimes hediondos.

1.2.4. Elemento subjetivo do tipo

Basta o dolo.

É prevista a modalidade culposa no § 2.º.

1.2.5. Consumação e tentativa

A consumação ocorre com a prática das condutas previstas no tipo, independentemente de resultado ou utilização da substância por alguém. É diferente da falsificação de alimentos, que, além da prática da conduta típica, precisa da nocividade.

A tentativa é possível.

1.2.6. Condutas equiparadas – § 1.º

Incorre na mesma pena do *caput* quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. O § 1.º-B faz incidir no tipo o produto que se encontre nas seguintes condições:

- sem registro, quando esse é exigido;
- em desacordo com a fórmula constante do registro;
- sem os requisitos de identidade e de quantidade exigidos para sua comercialização;
- com redução do seu valor terapêutico ou de sua atividade;
- tenha procedência ignorada;
- tenha sido adquirido em estabelecimento sem licença da autoridade.

Obs.: vender remédio "picado" – por exemplo, comprar a cartela e vender as unidades separadamente – é considerado crime hediondo.

1.2.7. Crime qualificado pelo resultado

O art. 285 do Código Penal determina a aplicação do art. 258 do mesmo diploma, se:

- O crime é doloso e resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade.
- O crime é doloso e resulta morte, a pena é aplicada em dobro.

  Essas duas hipóteses configuram crime preterdoloso.

- O crime é culposo e resulta lesão corporal, a pena aumenta de metade.
- O crime é culposos e resulta morte, a pena será a do homicídio culposo aumentada de 1/3.

2. CRIMES CONTRA A PAZ PÚBLICA

2.1. Quadrilha ou Bando – Artigo 288 do Código Penal

"Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único – A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou o bando é armado.”

A Lei de Tóxicos exige a união de duas ou mais pessoas para configuração da quadrilha ou bando (art. 14 da Lei n. 6.368/76). A Lei dos Crimes Hediondos (art. 8.º da Lei n. 8.072/90) prevê uma forma qualificada para o art. 288 do Código Penal; não altera sua redação, dispondo apenas sobre o preceito secundário (pena).

P.: É possível a tipificação no art. 288 do Código Penal se a quadrilha ou bando ainda não praticou crime?

R.: Sim, não é preciso o cometimento de um delito; basta que haja associação *com o fim de* praticar crimes.

“Quadrilha ou bando” é delito autônomo.

2.1.1. Objetividade jurídica

A paz pública é uma forma de proteger a incolumidade pública.

É crime de perigo abstrato, presumido.

2.1.2. Sujeito ativo

Quaisquer pessoas, mais de três. É crime de concurso necessário ou plurissubjetivo.

Inclui-se no cômputo o menor, o inimputável, o louco etc., para se chegar ao mínimo de quatro pessoas. O menor responderá por ato infracional (ECA). Para subsumir ao art. 288 do Código Penal, pelo menos um dos integrantes tem de ser imputável.

P.: Pode haver quadrilha ou bando, ainda que não se identifiquem todos os seus membros?

R.: Sim, desde que um seja identificado.

P.: A absolvição de um dos membros da quadrilha ou bando leva à absolvição de todos?

R.: Depende. Exemplo: quatro pessoas são denunciadas por formação de quadrilha; demonstrado que um deles não era integrante, os outros três não responderão pelo delito por atipicidade (o tipo exige mais de três para configuração). Se, no entanto, seis são denunciados e um consegue provar que não fazia parte do bando, os outros cinco poderão responder pelo delito, desde que preenchidos os requisitos do art. 288 do Código Penal. Não demonstrada a existência da quadrilha ou bando, *in dubio pro reo,* todos serão absolvidos.

P.: Os membros da quadrilha precisam se conhecer?

R.: Não; por exemplo, no tráfico de entorpecentes, há várias pessoas envolvidas e que não precisam se conhecer.

2.1.3. Sujeito passivo

Sujeito passivo é a coletividade.

2.1.4. Elementos objetivos do tipo

São elementos objetivos do tipo:

- *Associação:* reunião.

P.: Qualquer reunião de quatro pessoas, com finalidade de praticar crime, tipifica quadrilha ou bando?

R.: Não. O tipo exige um vínculo especial que diferencia a quadrilha ou bando do concurso de agentes.

A doutrina e a jurisprudência exigem um vínculo de estabilidade e permanência (vínculo associativo), intenção de permanência e estabilidade.

- *Estabilidade e permanência:* deve haver a intenção de manter a quadrilha ou bando, ainda que essa acabe no dia seguinte. Isso distingue o delito, do art. 288 do Código Penal, do concurso de agentes, pois nesse a associação é ocasional; é para determinado fato.

Não tipifica quadrilha ou bando se a união aconteceu para a prática de apenas um crime (nesse caso há concurso de agentes).

A quadrilha ou bando pode praticar um crime só. Mas a intenção deve ser para a prática de vários crimes.

Exemplo: configura quadrilha ou bando a união de mais de três pessoas que desejam cometer diversos crimes, ainda que não consigam praticar nenhum, ou pratiquem um, sendo logo desmantelada pela polícia.

A organização do grupo não é uma característica que distingue a quadrilha ou bando do concurso de agentes, pois esse pode ser organizado também.

- *Finalidade de praticar crimes indeterminadamente*: nem a própria quadrilha sabe qual crime cometerá a seguir.

Distingue-se do concurso de agentes porque nesse a finalidade é determinada. O concurso de agentes pode acontecer para o cometimento de mais de um crime, mas sempre determinado.

P.: Existe quadrilha ou bando para a prática de contravenção penal?

R.: Não. Por exemplo, não configura quadrilha ou bando, a reunião de mais de três pessoas para a prática do jogo de bicho.

P.: É possível a formação de quadrilha ou bando para a prática de crime culposo?

R.: Não. O crime de quadrilha ou bando exige a intenção de praticar crime (dolo).

P.: Quadrilha ou bando são expressões sinônimas?

R.: Atualmente são consideradas como expressões sinônimas.

P.: A quadrilha ou bando pode praticar crime continuado?

R.: Quadrilha ou bando não é um crime continuado, mas sim os crimes que ela(e) pratica podem ser continuados. A quadrilha ou bando é crime autônomo em relação aos crimes que ela(e) comete.

Exemplo: quadrilha ou bando formada para furtos em residência. Entram em quatro casas e são presos. Haverá o crime de quadrilha ou bando, mais os de furto de maneira continuada (arts. 288 e 155, c.c. art. 71, todos do CP).

P.: Todos os integrantes da quadrilha precisam praticar o crime ajustado?

R.: Não. Os que executarem o delito serão autores diretos; os demais, mandantes ou partícipes.

O crime de quadrilha ou bando é um delito permanente; a conduta protrai-se no tempo. A importância prática dessa informação diz respeito ao flagrante.

Por vezes pode não existir o flagrante do crime praticado pela quadrilha, mas deve-se ficar atento porque sempre haverá flagrante em relação ao crime de quadrilha ou bando.

2.1.5. Elementos subjetivos do tipo

Além do dolo, é preciso ter o especial fim de praticar crimes, indeterminadamente; não importa qual será o delito.

A Lei n. 8.072/90, no art. 8.º, traz um tipo específico para a quadrilha ou bando que praticar crimes hediondos ou assemelhados. Se o delito praticado for o da Lei n. 6.368/76 (Lei de Tóxicos), será observado o preceito do seu art. 14, cuja pena será a do art. 8.º da Lei n. 8.072/90 – por ser posterior e benéfica ao réu.

2.1.6. Consumação e tentativa

A consumação ocorre com a associação (crime formal), desde que exista a finalidade de praticar crimes.

A união deve ser de, no mínimo, quatro pessoas, porque o tipo estabelece "... mais de três pessoas ...".

A tentativa não é admitida, pois o crime é unissubsistente e formal. Ou a quadrilha está consumada ou é um indiferente penal.

P.: É cabível a desistência voluntária de crime de quadrilha ou bando?

R.: Não, porque o crime consuma-se quando as pessoas se associam.

2.1.7. Casuísticas

Chefe de quadrilha é preso e continua – dentro da penitenciária – controlando os integrantes do bando; desmantelado o grupo pela polícia, o chefe não será denunciado novamente, pois o crime é o mesmo – trata-se de conduta permanente.

Se esse mesmo chefe formar outra quadrilha dentro da prisão, será denunciado pelo art. 288 do Código Penal – formação de novo bando.

A polícia prende os integrantes da quadrilha; posteriormente, por um motivo qualquer, eles são soltos; se formarem de novo a quadrilha, serão denunciados outra vez – porque a permanência foi interrompida e há conduta diversa.

2.1.8. Crime qualificado – Artigo 288, parágrafo único

Na verdade, trata-se de uma causa de aumento. A pena é aplicada em dobro se a quadrilha ou bando for armado.

Arma é expressão genérica, podendo ser própria ou imprópria.

A arma imprópria é o objeto feito para outra finalidade (exemplos: faca, tesoura, bisturi etc.). A arma própria é aquela fabricada para ferir ou matar (exemplos: revólver, espingarda, metralhadora etc.).

P.: Uma arma apenas basta para configurar o aumento da pena, ou todos os integrantes devem estar armados?

R.: Apenas uma arma basta. O que importa é o poder de intimidação.

P.: O porte dessa arma precisa ser ostensivo?

R.: Prevalece na jurisprudência que não. A mera existência da arma é suficiente para incidência da causa de aumento.

P.: Podemos aplicar essa causa de aumento para a quadrilha ou bando de crimes hediondos?

R.: Sim. A causa de aumento pode ser aplicada ao art. 8.º da Lei n. 8.072/90.

P.: A Lei dos Crimes Hediondos trouxe um tipo penal autônomo?

R.: Não. O art. 8.º da Lei n. 8.072/90, que altera os limites da pena prevista no art. 288 do Código Penal, deveria constituir um parágrafo desse tipo penal, pois trata-se de uma forma qualificada do crime de quadrilha ou bando.

P.: Pode-se aplicar causa de aumento sobre qualificadora?

R.: Sim. Pode-se aplicar o aumento de pena da quadrilha ou bando armada no art. 8.º da Lei dos Crimes Hediondos.

Obs.: na Lei de Tóxicos, o art. 14 é um tipo autônomo, pois modifica o *caput* do art. 288 do Código Penal, traz nova capitulação ao delito de quadrilha ou bando formado para fins de tráfico ilícito de entorpecentes, que será denunciado pelo art. 14 da Lei n. 6.368/76 (que é tipo autônomo e específico).

A pena a ser aplicada, entretanto, será a prevista no art. 8.º da Lei n. 8.072/90, por ser lei posterior mais benéfica.

2.1.9. Delação premiada

Prevista no parágrafo único do art. 8.º da Lei n. 8.072/90: "o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando o seu desmantelamento, terá a pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)."

P.: O dispositivo, contido na Lei dos Crimes Hediondos, pode ser aplicado ao art. 288 do Código Penal?

R.: Não. O benefício da delação premiada incide apenas ao crime de quadrilha ou bando previsto no art. 8.º da Lei n. 8.072/90. Considerando-se que a redução recai somente sobre o delito de quadrilha ou bando, não sobre as infrações por ela cometidas.

A Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas, Lei n. 9.807/99, traz a delação premiada no art. 13. Essa é utilizada para qualquer crime, desde que presentes seus requisitos. Sendo eficaz, extingue a punibilidade do acusado.

2.1.10. Concurso de crimes

Na denúncia deve constar o crime de quadrilha ou bando mais o(s) praticado(s) em concurso material, pois o tipo previsto no art. 288 do Código Penal é autônomo.

2.1.11. Questões polêmicas

a) ***Quadrilha ou bando que pratica roubo com uso de arma de fogo***

Denuncia-se pelo delito de quadrilha ou bando (art. 288 do CP), com a causa de aumento prevista no parágrafo único do dispositivo, em concurso material com o crime de roubo (art. 157 do CP), aumentado pelo emprego de arma (art. 157, § 2.º, inc. I, do CP). Essa é a posição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e majoritária na doutrina, com o fundamento de não constituir *bis in idem,* pois são delitos autônomos; o primeiro tutela a paz pública; o segundo, o patrimônio. Nada obstante, encontra-se, na doutrina e jurisprudência minoritária, o entendimento de a hipótese configurar *bis in idem.*

b) ***Quadrilha ou bando mais furto, em concurso de agentes***

Atenção: para efeito de denúncia, não se discute a questão do *bis in idem*; a exordial deve ser ampla, porque pode não ser confirmada a acusação.

3. CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA

3.1. Falsificação de Documento Público – Artigo 297 do Código Penal

"Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.”

3.1.1. Objetividade jurídica

A fé pública, a confiança que as pessoas têm de ter no documento público. O crime atinge a coletividade (crime vago).

3.1.2. Sujeito ativo

Sujeito ativo é qualquer pessoa. Tratando-se de funcionário público, incide a causa de aumento, prevista no § 1.º do art. 297, desde que o funcionário prevaleça-se do cargo e, com isso, obtenha alguma vantagem ou facilidade para falsificar documento público. Exemplos: utilizar o crachá para ingressar no departamento; acessar dados no computador com senha pessoal etc.

3.1.3. Sujeito passivo

O Estado, a coletividade. Pode haver também vítima secundária, a pessoa lesada pela falsificação.

3.1.4. Elementos objetivos do tipo

São elementos objetivos do tipo:

- *Falsificar:* criar materialmente um documento inexistente – fazer ou contrafazer o documento. A falsificação pode ser no todo ou em parte. Contrafazer é utilizar uma cópia do modelo verdadeiro para falsificá-lo.

- *Alterar:* modificar algo que já existe. O documento verdadeiro existe e é adulterado.

3.1.5. Requisitos da falsificação

São os seguintes os requisitos da falsificação:

- Que seja idônea, apta a iludir, capaz de enganar qualquer pessoa, considerando-se o padrão médio da sociedade.

Segundo a jurisprudência, a falsificação grosseira não constitui crime, pois não é capaz de enganar as pessoas em geral. Se uma pessoa é enganada com falsificação grosseira, pode configurar o estelionato (que considera a vítima em si, não o padrão médio).

- Que tenha capacidade de causar prejuízo a alguém. A falsificação inócua não é crime.

3.1.6. Objeto material

- *Documento público*: é elemento normativo do tipo.

Documento é toda peça escrita que condensa o pensamento de alguém, capaz de provar um fato ou a realização de um ato de relevância jurídica.

P.: A fotografia é considerada documento para o Direito Penal?

R.: Não, pois não é peça escrita.

A fotografia pode fazer parte de um documento; nesse caso a solução é diferente: se trocada, há crime. Exemplos: troca de fotografia de RG, de laudo pericial.

P.: Xerox é documento?

R.: Não. Porém a xerox autenticada é documento.

P.: Falsificação de fita de vídeo é falsificação de documento?

R.: Não, pois não é escrito. Entretanto, se a fita fizer parte de um laudo pericial, há crime, pois passa a fazer parte do documento escrito.

Falsificação de disco também não é falsificação de documento; disquete de computador também não é documento.

Não se pode falsificar carta anônima; por não ser identificada, não condensa o pensamento de alguém.

O telegrama pode ser documento público, caso seja expedido por funcionário público e contenha conteúdo público.

3.1.7. Requisitos do documento público

São requisitos do documento público:

- deve ser elaborado por funcionário público;

- no exercício da função, o funcionário deve ter atribuição para elaborar documentos;

- deve obedecer às formalidades legais.

P.: Um documento estrangeiro pode ser considerado documento público?

R.: Sim. Desde que seja considerado público no país de origem e que satisfaça os requisitos de validade previstos no nosso ordenamento, como, por exemplo, tradução realizada por tradutores públicos juramentados.

3.1.8. Documentos públicos por equiparação

São documentos de natureza particular que, pela sua importância, foram equiparados pela lei a documento público (art. 297, § 2.º, do CP).

- *documento emitido por entidade paraestatal*: administração indireta;

- *título ao portador ou transmissível por endosso:* títulos de crédito, como, por exemplo, cheque, duplicata, nota promissória;

- *ações de sociedade comercial*: independentemente do tipo de ação (ordinária, preferencial etc.);

- *livros mercantis:* quer sejam obrigatórios ou facultativos;

- *testamento particular:* hológrafo.

3.1.9. Elemento subjetivo do tipo

A lei não exige intenção especial; basta o dolo.

3.1.10. Consumação

O crime consuma-se quando existe a falsificação ou alteração. É crime de natureza formal; basta o resultado jurídico, não precisa do resultado naturalístico.

3.1.11. Tentativa

É possível porque a conduta é plurissubsistente.

3.2. Concurso de Crimes

3.2.1. Falsificação de documento público e estelionato (art. 171 do CP)

- A falsificação absorve o estelionato – corrente minoritária. A justificativa é de que a falsificação é crime mais grave (princípio da consunção) e o estelionato é mero exaurimento.

- O estelionato absorve a falsificação – corrente majoritária, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça. A justificativa é de que o estelionato é crime-fim e a falsificação é crime-meio. A falsificação é um elemento do tipo do estelionato ("qualquer outro meio fraudulento").

Súmula n. 17 do Superior Tribunal de Justiça: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por esse absorvido”.

- *Há concurso formal de crimes*: é a posição adotada hoje pelo Supremo Tribunal Federal. A conduta é única, começa na falsificação e termina no estelionato. A conduta ofende mais de um bem jurídico, pois a falsificação ofende a fé pública e o estelionato ofende o patrimônio. Não se pode falar em consunção porque há dois bens jurídicos atingidos, com vítimas diferentes.

- *Há concurso material de crimes:* é apenas uma posição de referência. Há duas condutas, com vítimas diferentes, que ofendem bens jurídicos diversos e, por isso, não se pode usar a consunção. Atualmente, não se defende essa posição.

3.2.2. Falsificação de documento público e uso de documento falso (art. 308 do CP)

Se uma pessoa falsifica e usa o documento público, responde por falsidade – essa é a posição majoritária. O uso é mero exaurimento; é *post factum* impunível.

Exige-se, entretanto, que faça uso do documento a mesma pessoa que o falsificou.

3.2.3. Falsificação e sonegação fiscal

Alguém falsifica documento público para pagar menos, ou para não pagar tributos. Pratica crime de sonegação fiscal – princípio da especialidade.

Quando o agente paga o tributo antes do recebimento da denúncia, extingue-se a punibilidade.

O agente que falsifica um documento para encobrir crime de sonegação praticado anteriormente, responde pelo delito que praticou e também pela falsidade que usou para encobri-lo (concurso material).

3.2.4. Falsificação de documento público (falsidade material) e falsidade ideológica (art. 801 do CP)

Prevalece a falsidade material sobre a ideológica.

4. FALSIDADE DE DOCUMENTO PARTICULAR – ARTIGO 298 DO CÓDIGO PENAL

O tipo é igual ao da falsificação de documento público. A diferença é que o documento em questão não é público e sim particular.

Documento particular, por exclusão, é aquele que não é público.

P.: Um cheque, devolvido pelo banco por insuficiência de fundos, é tomado por alguém para falsificação. É documento público ou particular que a pessoa está falsificando?

R.: O cheque devolvido não pode ser transmitido por endosso; logo, não é mais considerado documento público por equiparação. Então, configura documento particular.

P.: Documento público nulo é falsificado por alguém. A falsificação é de documento público ou particular?

R.: Se o documento público é nulo, não é documento público; mas, se possui relevância jurídica, a falsificação é de documento particular.

O Professor Damásio de Jesus entende que o documento público nulo é considerado documento particular.

P.: Petição é documento?

R.: A petição não prova nada, não é documento.

P.: A petição pode ser usada como documento?

R.: Sim. Mas, nesse caso, deixa de ser mera petição e ganha a qualidade de documento.

P.: Um documento endereçado à autoridade pública é um documento público?

R.: Não. Documento público é aquele feito por autoridade pública.

5. FALSIDADE IDEOLÓGICA – ARTIGO 299 DO CÓDIGO PENAL

A falsidade ideológica é voltada para a declaração que compõe o documento, para o conteúdo do que se quer falsificar.

Por exemplo, quando alguém falsifica um documento público, ainda que seu conteúdo seja verdadeiro, o documento é falso. A falsificação material torna todo o documento falso.

Não tem sentido discutir a falsidade ideológica quando todo o documento é falso. A falsidade ideológica existirá quando o documento for verdadeiro e somente o conteúdo for falso.

Quem falsifica assinatura, falsifica documento – falsidade material, pouco importando o conteúdo. Exemplo: alguém pega um talonário de cheques não assinados pelo correntista e faz uso deles com outra assinatura; uma vez que cheque só existe a partir da sua emissão, a partir da assinatura, a falsificação tipifica falsidade material e não ideológica.

Diferente se alguém pegar uma folha de cheque, assinada pelo correntista, e falsificar a quantia; aí é falsidade ideológica.

5.1. Objetividade Jurídica

A fé pública, a confiança na declaração do conteúdo do documento.

5.2. Sujeito Ativo

Qualquer pessoa. Se funcionário público, incide o aumento de 1/6 na pena– parágrafo único do artigo 299 do Código Penal.

5.3. Sujeito Passivo

O sujeito passivo é o Estado. Pode existir sujeito passivo secundário, ou seja, a pessoa lesada pela falsidade.

5.4. Elementos Objetivos do Tipo

- *Omitir declaração que deveria constar*: conduta omissiva própria, ligada ao dever de agir. Deve haver uma norma que obrigue a pessoa a fazer a declaração.
- *Fazer inserir declaração falsa ou diversa da que deveria constar*: é fazer com que terceiro insira. Trata-se de falsidade ideológica indireta, ou seja, o agente atua indiretamente e quem efetiva a falsidade é outra pessoa.
- *Inserir declaração falsa ou diversa da que deveria constar*: falsidade ideológica direta.

5.4.1. Diferença entre declaração falsa e diversa da que deveria constar

Declaração falsa é aquela que não condiz com a realidade. Exemplo: custou 500 mil e a pessoa faz constar 5 mil.

Declaração diversa da que deveria constar não precisa ser necessariamente falsa. Exemplo: declaração de bens; a pessoa coloca outro documento no lugar da declaração de bens. A declaração não é falsa (o documento é verdadeiro), mas é diferente da que deveria constar.

A falsidade ideológica deve ser idônea, capaz de enganar e de causar prejuízo relevante juridicamente.

5.5. Requisitos para a Configuração da Falsidade Ideológica Segundo a Jurisprudência

Os requisitos para a configuração da falsidade ideológica segundo a jurisprudência são os seguintes:

- Que a declaração tenha valor por si mesma. Se a declaração tiver de ser investigada pela autoridade pública, não há crime. Exemplo: declaração de pobreza feita perante o delegado – se for falsa, não tipificará o delito, porque deve ser investigada.

- Que a declaração faça parte do objeto do documento. Exemplo: contrato de compra e venda – a declaração que pode ser considerada crime é a referente ao objeto do contrato. As declarações que não façam parte do objeto do contrato não são relevante, como, por exemplo, o endereço falso da testemunha que assinou o acordo é irrelevante.

5.6. Casuísticas

Alguém, que pega a assinatura de um amigo em uma folha em branco e preenche como confissão de dívida, pratica o crime de falsidade ideológica.

Se uma pessoa pegar uma folha e falsificar a assinatura de outra, pratica o crime de falsidade material.

Uma pessoa assina um cheque e entrega para outra preencher; se essa preencher o cheque com um valor superior, pratica o crime de falsidade ideológica.

Se a pessoa pegar um talão de outra, preencher o cheque e falsificar a assinatura, é caso de crime de falsidade material.

Se alguém obtém ilicitamente o documento – arromba o cofre –, a jurisprudência equipara a obtenção ilícita à falsidade material.

Não é qualquer folha em branco assinada que configura documento: somente é considerada documento quando tem destinação.

Se, em um boletim de ocorrência, o escrivão inseriu fatos que não foram narrados, o crime é de falsidade ideológica. A falsificação é do conteúdo, pois o escrivão não alterou o documento, apenas inseriu declaração falsa.

5.7. Elemento Subjetivo do Tipo

Além do dolo, exige-se o fim de prejudicar direito ou criar obrigação ou, ainda, alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

5.8. Consumação e Tentativa

Na modalidade omissiva, a consumação ocorrerá quando a pessoa se omitir, não cumprindo sua obrigação. Não cabe tentativa.

Na conduta *inserir*, o crime estará consumado quando o agente colocar, inserir a declaração falsa. É possível a tentativa.

A conduta, de fazer inserir, consuma-se quando o terceiro inserir. A tentativa é admissível.

O agente não precisa conseguir seu objetivo. O crime estará consumado com a conduta descrita no tipo.

5.9. Formas Qualificadas – Artigo 299, parágrafo único

Trata-se de causa de aumento de pena de 1/6, se:

- A falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil.

Registrar filho alheio como próprio ("adoção à brasileira") não configura o crime em pauta, e sim o do art. 242 do Código Penal – crime especial.

Registro de nascimento inexistente não é falsidade ideológica e enquadra-se no delito previsto no art. 241 do Código Penal.

- O crime for praticado por funcionário público, prevalecendo-se do cargo.

6. USO DE DOCUMENTO FALSO – ARTIGO 304 DO CÓDIGO PENAL

"Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados a que se referem os arts. 297 a 302:

Pena – a cominada à falsificação ou à alteração".

É crime remetido; significa que tem como elemento do tipo a menção expressa a outro tipo penal.

6.1. Objetividade Jurídica

A fé pública.

6.2. Sujeito Ativo

Sujeito ativo é qualquer pessoa, menos o autor da falsificação.

6.3. Elementos Objetivos do Tipo

A conduta é *fazer uso*. Consiste em utilizar documento falso como se fosse verdadeiro. Exemplo: nota fiscal falsificada, utilizada para provar compra e venda.

O uso deve ser efetivo, não bastando mencionar que possui o documento.

Uso por solicitação de autoridade – é o exemplo do guarda que pede o documento ao motorista e esse mostra a carteira falsa. A posição majoritária mudou o entendimento – não considerava crime o uso por solicitação porque exigia espontaneidade. Prevalece, atualmente, no Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal que há crime, porque a exigência da espontaneidade não persiste, bastando a conduta voluntária e dolosa da prática do crime.

A Carteira Nacional de Habilitação (CNH) é um documento que possui finalidade específica – a autorização para dirigir veículo. Seu porte é obrigatório apenas para condução de automotores. Com essa premissa, desdobram-se as seguintes hipóteses:

- o motorista, na direção de um veículo, que porta CNH falsa incide no crime de uso de documento falso (o porte, no caso, configura o uso);
- se, em uma festa, o policial, no momento de uma revista, pega uma CNH falsa, não há o delito de uso de documento falso, porque a habilitação não se presta para identificar pessoas; o fato, porém, pode não ser atípico e, se preenchidos os requisitos, é possível enquadrá-lo nos arts. 297 ou 299 do Código Penal (falsificação de documento público ou falsidade ideológica, respectivamente);
- se a autoridade tomasse o RG (falso), ao invés da CNH, o fato também seria atípico ou se enquadraria nos dispositivos dos arts. 297 ou 299 do Código Penal; isso porque o porte do RG não é obrigatório;
- se o policial exige a identificação e o agente mostra o RG falso, aí sim, caracteriza-se o crime de uso de documento falso.

6.4. Elemento Subjetivo do Tipo

É o dolo (direto ou eventual, em caso de dúvida). Não se exige elemento especial.

Se houver erro, exclui-se o dolo.

6.5. Consumação e Tentativa

O crime está consumado com o uso efetivo para a finalidade do documento.

A tentativa não é admitida, pois o crime é unissubsistente (ato único).

7. FALSA IDENTIDADE – ARTIGO 307 DO CÓDIGO PENAL

"Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave".

7.1. Objetividade Jurídica

A fé pública.

7.2. Sujeito Ativo

Sujeito ativo é qualquer pessoa.

7.3. Sujeito Passivo

Sujeito passivo é a coletividade (o Estado – trata-se de crime vago). Pode haver vítima secundária, pessoa lesada pelo fato.

7.4. Elementos Objetivos do Tipo

A conduta é *atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade*.

- *Atribuir-se*: a pessoa se faz passar por outra.
- *Atribuir a terceiro*: fazer pessoa se passar por outra, que efetivamente existe ou é fruto de criação.

P.: O que é identidade?

R.: Majoritariamente, seu conteúdo é visto em sentido amplo. São as características que individualizam uma pessoa (nome, filiação, nacionalidade, estado civil, idade, *status* social, profissão etc.).

Se a pessoa muda uma dessas características está mudando de identidade.

A falsidade tem de ser idônea, apta a enganar.

Deve haver relevância jurídica na imputação falsa, capacidade de causar dano.

Existe uma posição minoritária que entende o conceito de identidade em um sentido estrito (personalidade). Exemplo: quando a pessoa se faz passar por outra, real ou imaginária.

Atribuir-se ou atribuir a alguém é conduta comissiva.

P.: O silêncio pode configurar falsa identidade?

R.: Não, exige-se manifestação do agente. O mero silêncio não configura o crime. Não é preciso falar que é outra pessoa, basta agir como tal. Exemplo: assinatura.

O nome artístico não configura falsa identidade, porque se incorpora à própria pessoa.

O "nome de guerra" usado pelo travesti, pode configurar crime, se encontrada relevância jurídica.

O preso em flagrante ou aquele que é interrogado em Juízo e dá outro nome para eximir-se da condenação comete o delito de falsidade ideológica, pois isso ultrapassa a autodefesa.

Encontra-se, no entanto, julgado em sentido contrário:

"No sistema jurídico vigorante, constitucional ou infraconstitucionalmente, o indiciado e o acusado, presos ou soltos, que declinam nome falso não realizam o tipo contido no art. 307 do Código Penal.

Em verdade, estão no exercício da autodefesa, em seu mais lato sentido, nos termos do artigo 5.º, inciso LXIII, da Carta da República que lhes conferiu o direito extremo de, até mesmo, calar-se, sem admitir que derive de sua conduta qualquer inferência que lhes seja prejudicial."(TJRJ, 7.ª CCrim, Ap. n. 44.306/00, , rel. Des. Nildson Araújo da Cruz, j. em15.3.2001, v. u.).

7.5. Elemento Subjetivo do Tipo

Além do dolo, a lei exige um elemento subjetivo – obter vantagem em proveito próprio ou alheio, ou então causar dano a outrem.

A vantagem pode ser patrimonial ou moral.

É importante que essa seja indevida, ilícita. Se for devida, configura exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP).

7.6. Consumação e Tentativa

O crime consuma-se com a conduta de atribuir-se ou atribuir a terceiro a falsa identidade. O delito é formal, pois não se exige resultado.

A tentativa será possível se a conduta for plurissubsistente (exemplos: disfarce, encenação). Se unissubsistente, não há tentativa.

A falsa identidade é crime subsidiário. A subsidiariedade é expressa pelo tipo "... se o fato não constituir crime mais grave". Identificado, portanto, delito mais grave, a falsa identidade fica absorvida.

7.7. Distinção e Concurso de Crimes

Trocar fotografia da carteira de identidade para prestar concurso no lugar de outro tipifica o crime de falsificação de documento público.

O uso de documento falso prevalece sobre a falsa identidade, porque essa constitui elemento daquele.

Falsa identidade e constrangimento ilegal são crimes autônomos – há concurso material.

Se a pessoa se faz passar por médico, comete o crime de exercício ilegal da medicina (art. 282 do CP).

Se a pessoa se faz passar por funcionário público e exerce a função pública, comete usurpação de função pública (art. 328 do CP).

P.: Quando a pessoa apenas finge ser funcionário público, mas não exerce qualquer ofício, qual o crime que comete?

R.: Segundo o art. 45 da Lei das Contravenções Penais "não comete o crime de falsa identidade, mas a contravenção do art. 45 da LCP, aquele que, sem assumir a personalidade de qualquer outro indivíduo, simplesmente finge ser funcionário público" (TACrimSP, Ac., rel. Cunha Camargo, *JUTACrim* 22/282)[1].

---

[1] FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui (coord.). *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial:* Parte Especial. 7.ª ed. São Paulo: RT, vol. 2, 307.

1. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1. Espécies

- crimes praticados por funcionário público;
- crimes praticados por particular;
- crimes praticados contra a administração da justiça.

1.2. Crimes Praticados por Funcionário Público

Os crimes praticados por funcionário público são chamados pela doutrina *crimes funcionais*. São crimes que estão relacionados com a função pública. Na classificação geral dos delitos, tais crimes estão inseridos na categoria dos crimes próprios, pois a lei exige uma característica específica no sujeito ativo: ser funcionário público.

Os crimes funcionais podem ser *próprios* e *impróprios*. Essa subdivisão entre os crimes funcionais não se confunde com a classificação do parágrafo anterior.

Crimes funcionais próprios são aqueles cuja exclusão da qualidade de funcionário público torna o fato atípico. Ex.: prevaricação.

Crimes funcionais impróprios são aqueles em que, excluindo-se a qualidade de funcionário público, haverá desclassificação para crime de outra natureza. Ex.: peculato, que passa a ser furto. A doutrina chama essa modificação "atipicidade relativa".

O Código de Processo Penal traz um rito diferente para os crimes praticados por funcionário público (arts. 513 a 518), em que existe a defesa preliminar antes do recebimento da denúncia.

1.2.1. Conceito de funcionário público

De acordo com o art. 327 do Código Penal: "Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública".

O parágrafo primeiro dispõe quem são os funcionários públicos, por equiparação. São eles: quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal e quem trabalha para empresa, prestadora de serviço, contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

Entidade paraestatal é entendida, majoritariamente, como a administração indireta – autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista e fundação pública.

Uma posição minoritária, restritiva, entende que entidade paraestatal é somente a autarquia.

Síndico da massa falida, inventariante, curador e tutor, não são funcionários públicos.

Funcionário de cartório é funcionário público.

Funcionário do Banco do Brasil é funcionário público, pois o Banco do Brasil é uma sociedade de economia mista.

Funcionário dos Correios é funcionário público, pois o Correios é uma empresa pública.

Se o interesse em questão for o da União, a competência será da Justiça Federal.

O conceito de equiparação, para a doutrina majoritária, só abrange os casos em que o funcionário for autor do crime. A comparação não pode ser aplicada quando o funcionário for vítima.

1.3. Causas de Aumento de Pena – Artigo 327, § 2.º, do Código Penal

Segundo o artigo 327, § 2.º, do Código Penal as causas de aumento da pena decorrem quando o autor do crime exerce:

- cargo em comissão (cargo de confiança);
- cargo de direção ou assessoramento de órgãos da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública e fundação instituída pelo Poder Público.

1.4. Concurso de Agentes

Um particular pode responder por peculato em concurso de agentes com um funcionário público.

O particular deve ter consciência e vontade (dolo) em relação ao agente do tipo, ou seja, deve saber que esse possui a condição de funcionário público. Caso contrário, transforma-se em responsabilidade objetiva, o que é proibido.

Fundamento: segundo o art. 30 do Código Penal são comunicáveis as circunstâncias de caráter pessoal quando elementares do crime. Ser funcionário público é circunstância pessoal e elementar do crime.

Se o particular não souber que o outro é funcionário público, responderá por outro crime. Exemplo: furto.

2. PECULATO

2.1. Peculato Doloso

- *Peculato-apropriação*: art. 312, *caput*, primeira parte.
- *Peculato-desvio*: art. 312, *caput*, segunda parte.
- *Peculato-furto*: art. 312, § 1.º.
- *Peculato mediante erro de outrem*: art. 313.

2.2. Peculato Culposo

O peculato culposo está descrito no art. 312, § 2.º, do Código Penal.

2.3. Considerações Gerais Sobre Todos os Tipos de Peculato

2.3.1. Objetividade jurídica

Visa-se proteger a probidade administrativa (patrimônio público). Esses crimes são chamados crimes de improbidade administrativa.

2.3.2. Sujeito ativo

Sujeito ativo é o funcionário público.

2.3.3. Sujeito passivo

Sujeito passivo é o Estado, visto como Administração Pública. Pode existir um sujeito passivo secundário (particular).

2.4. Peculato-apropriação

- apropriar-se;
- funcionário público;
- dinheiro, valor, bem móvel, público ou privado;
- posse em razão do cargo;
- proveito próprio ou alheio.

2.4.1. Elementos objetivos do tipo

O núcleo é apropriar-se, ou seja, fazer sua a coisa alheia. A pessoa tem a posse e passa a agir com se fosse dona. O agente muda a sua intenção em relação à coisa.

O fundamento é a posse lícita anterior.

No caso de posse em razão do cargo: na verdade, a posse está com a Administração. O bem tem de estar sob custódia da Administração. Exemplo: um automóvel, apreendido na rua, vai para o pátio da Delegacia. Um policial militar subtrai o toca-fitas. Ele praticou peculato-furto, pois não tinha a posse do bem.

Se o funcionário fosse o responsável pelo bem, seria caso de peculato-apropriação. Se o carro estivesse na rua, seria furto.

Exemplo: em uma repartição pública, um funcionário furta a carteira de outro – é crime de furto. Se um funcionário de uma repartição entra em outra repartição e dali subtrai um bem, é crime de peculato- furto.

No peculato-apropriação e no peculato mediante erro de outrem há apropriação, ou seja, a posse é anterior; a diferença está no erro de outrem.

2.4.2. Objeto material

Dinheiro, valor ou bem móvel. Tudo que for imóvel não é admitido no peculato. O crime que admite imóvel é o estelionato.

Bem móvel, no Direito Penal, possui um conceito mais amplo do que no Direito Civil, pois é tudo aquilo que se pode transportar.

Valor é qualquer coisa que tenha valor econômico.

P.: Um funcionário público usar outros funcionários subordinados para prestação de serviço particular configura peculato?

R.: Não. Funcionário não é valor, dinheiro, nem bem móvel. Está fora do objeto material. Pode ser improbidade administrativa (enriquecimento ilícito).

P.: E se o agente for um prefeito?

R.: Saímos então do Código Penal e vamos para o Dec. n. 201/67 (art. 1.º, inc. II) que tipifica a conduta de prefeito que usa funcionário público.

2.4.3. Consumação

A consumação do peculato-apropriação se dá no momento em que ocorreu a apropriação: quando o agente inverteu o *animus*, quando passou a agir como se fosse dono.

2.4.4. Tentativa

Teoricamente é possível, mas na prática é difícil comprovar.

P.: O síndico pratica crime de peculato-apropriação?

R.: Não, seu crime é o de apropriação indébita, pois ele não é funcionário público. O mesmo se diz em relação ao inventariante e ao depositário judicial.

2.5. Peculato-malversação

O peculato-malversação ocorre quando o bem *particular* estiver sob custódia da Administração Pública.

2.5.1. Objeto material

Bem particular sob posse da Administração Pública.

Malversação significa má utilização.

P.: Alguém tem de fazer um depósito judicial e é atendido por um funcionário que lhe diz para deixar o dinheiro que ele próprio, funcionário, fará o depósito. O funcionário se apropria do bem. Que crime ele praticou?

R.: Não é peculato, porque o dinheiro ainda não estava na posse da administração. Ele praticou estelionato.

P.: Se a vítima entrega o dinheiro para o funcionário porque o banco já fechou e o funcionário apropria-se da importância, qual o crime praticado?

R.: Não é caso de peculato, nem de estelionato, pois não houve posse pela Administração Pública; é, sim, caso de apropriação indébita.

P.: Um funcionário da Prefeitura estava sem receber salário há três meses. Ele apropria-se de dinheiro da Prefeitura. Que crime praticou?

R.: Peculato-apropriação, pois o bem é público e estava na posse do funcionário.

2.6. Peculato-desvio – Artigo 312, Segunda Parte, do Código Penal

No peculato-desvio o que muda é apenas a conduta, que passa a ser *desviar*.

Desviar é alterar a finalidade, o destino.

Exemplo: existe um contrato que prevê o pagamento de um certo valor por uma obra. O funcionário paga esse valor, sem a obra ser realizada. Nesse caso há peculato-desvio.

Liberação de dinheiro para obra superfaturada também é caso de peculato-desvio.

2.6.1. Elemento subjetivo do tipo

O elemento subjetivo do tipo é a intenção do desvio para proveito próprio ou alheio.

O funcionário tem de ter a posse lícita da coisa.

Se alguém desviar em proveito da própria Administração, haverá outro crime, qual seja, uso ou emprego irregular de verbas públicas (art. 315 do CP).

P.: O proveito pode ser moral?

R.: Sim, não há exigência de o proveito ser patrimonial; pode ser proveito moral, como, por exemplo, obtenção de prestígio ou vantagem política.

P.: A aprovação do Tribunal de Contas tem alguma influência?

R.: Não, pois não tem força judicial. O Tribunal de Contas não tem o dever de ficar investigando crimes; portanto, não tem influência penal a sua aprovação ou não.

2.6.2. Consumação e tentativa

A consumação ocorre no momento em que o bem for efetivamente desviado – crime formal –, não importando se a vantagem visada foi conseguida ou não.

A tentativa é possível.

P.: Funcionário tem a guarda de um bem e resolve usá-lo para fins particulares; posteriormente, devolve-o nas mesmas condições de uso. Qual o crime praticado?

R.: Dolo de uso não é dolo de apropriação. Também não é desvio (definitivo). Não é peculato-apropriação, nem desvio, nem furto. Em regra esse peculato-uso não configura crime.

Podemos falar em improbidade administrativa. Exceções:

- Prefeito, pois cai no Dec. n. 201/67, art. 1.º, inc. II, que tipifica o crime.

- Se o funcionário pega dinheiro e depois devolve – houve apropriação e depois ressarcimento (e não devolução). Dinheiro é bem fungível – o uso de bem fungível configura crime de peculato porque há apropriação.

2.7. Peculato-furto – Artigo 312, § 1.º, do Código Penal

Funcionário público que, *embora não tendo a posse* do dinheiro, valor ou bem, o subtrai ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário. Nesse caso é aplicada a mesma pena.

A conduta é subtrair, ou seja, tirar da esfera de proteção da vítima, de sua disponibilidade. Uma outra conduta possível é a de concorrer dolosamente.

Não basta ser funcionário público; ele precisa se valer da facilidade que essa qualidade lhe proporciona (a execução do crime é mais fácil para ele). Por facilidade, entende-se crachá, segredo de cofre etc.

Um funcionário público pode praticar furto ou peculato-furto, dependendo se houve, ou não, a facilidade.

2.7.1. Consumação e tentativa

O crime consuma-se com a efetiva retirada da coisa da esfera de vigilância da vítima.

A tentativa é possível.

2.8. Peculato Culposo – Artigo 312, § 2.º, do Código Penal

São requisitos do crime de peculato culposo: a conduta culposa do funcionário público e que terceiro pratique um crime doloso, aproveitando-se da facilidade provocada por aquela conduta.

Restrições:

- O parágrafo refere-se ao *caput*.
- De acordo com o § 2.º é crime de outrem. É o peculato-apropriação, desvio ou furto.

O funcionário vai facilitar culposamente o peculato doloso de outrem.

A jurisprudência majoritária amplia tal entendimento: a expressão *crime de outrem* abrange todos os crimes patrimoniais cuja vítima seja a Administração Pública.

P.: Se a conduta culposa do funcionário causou dano à Administração Pública, pode-se falar em peculato culposo?

R.: Não, pois não há crime de outrem.

Não basta haver dano; deve existir crime de outrem.

2.8.1. Consumação e tentativa

Peculato culposo é crime independente do crime de outrem, mas estará consumado quando se consumar o crime de outrem.

Não há tentativa de peculato culposo, pois não existe tentativa de crime culposo.

Se o crime de outrem é tentado, será respondido por tentativa. O fato é atípico para o funcionário público.

2.8.2. Reparação de danos no peculato culposo – Artigo 312, § 3.º, do Código Penal

É a devolução do objeto ou o ressarcimento do dano.

É preciso ficar atento para as seguintes regras:

- Se a reparação do dano for anterior à sentença irrecorrível (antes do trânsito em julgado – primeira ou segunda instância), extingue a punibilidade.
- Se a reparação do dano for posterior à sentença irrecorrível (depois do trânsito em julgado), ocorre a diminuição da pena, pela metade.

Atenção: no peculato doloso não se aplicam essas regras.

P.: Qual o efeito da reparação do dano no peculato doloso?

R.: Para qualquer crime doloso, os efeitos são os seguintes:

- Arrependimento posterior (art. 16 do CP) – se for anterior ao recebimento da denúncia, redução da pena de 1/3 a 2/3.
- Se ocorrer depois do recebimento da denúncia, é atenuante genérica do art. 65, inc. III, "b", do Código Penal.
- Se depois da sentença, é atenuante inominada do art. 66. O acórdão pode reconhecer atenuante que a sentença não reconheceu.

2.9. Peculato Mediante Erro de Outrem – Artigo 313 do Código Penal

"Apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem".

O peculato mediante erro de outrem é erroneamente chamado peculato-estelionato. Não é um estelionato, pois o erro da vítima não é provocado pelo agente.

O núcleo do tipo é apropriar-se (para tanto, é preciso posse lícita anterior). Na verdade, é um peculato-apropriação.

O núcleo do estelionato é obter.

O erro de outrem tem de ser espontâneo; e o recebimento, por parte do funcionário, de boa-fé. Não há fraude.

Exemplo: pessoa deve dinheiro para a Prefeitura, erra a conta e paga a mais. O funcionário recebe o dinheiro sem perceber o erro. Depois, ao perceber o erro, apropria-se do excedente – trata-se de peculato mediante erro.

Exemplo: pessoa paga duas vezes ou em lugar errado. O funcionário recebe de boa-fé. Depois percebe o erro e, em vez de devolver o dinheiro ou encaminhar a questão para que a falha seja sanada, apropria-se da importância. Trata-se de peculato mediante erro de outrem.

O funcionário se apropriou de algo que já estava com a Administração Pública.

P.: É possível concurso de agentes no peculato mediante erro de outrem?

R.: Sim. O núcleo é apropriar-se, e não receber.

Exemplo: funcionário descobre que "A" pagou R$ 10.000,00 a mais e procura o chefe para informá-lo; esse lhe diz para cada um ficar com R$ 5.000,00.

Observação: particular pode ser partícipe.

2.9.1. Elemento subjetivo

O elemento subjetivo é o dolo de se apropriar.

2.9.2. Consumação

O crime consuma-se no momento da apropriação, ou seja, no momento em que o agente passa a agir como se fosse dono.

2.9.3. Tentativa

A tentativa é possível.

2.9.4. Observação

Os artigos 313-A e 313-B do Código Penal, incluídos pela Lei n. 9.983/2000, não têm ligação com o crime de peculato, e sim tratam de crimes ligados à informática.

3. CONCUSSÃO – ARTIGO 316 DO CÓDIGO PENAL

"Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa".

O crime de concussão é diferente do crime de corrupção passiva. A diferença está no núcleo do tipo. A concussão tem por conduta exigir; é um "querer imperativo", que traz consigo uma ameaça, ainda que implícita. A corrupção passiva tem por conduta solicitar, receber, aceitar promessa.

Na concussão, há vítima na outra ponta.

A concussão é uma extorsão praticada por funcionário público em razão da função.

Exigir significa coagir, obrigar.

A ameaça pode ser implícita ou explícita e, ainda assim, será concussão.

O agente pode exigir direta ou indiretamente – por meio de terceiro, ou por outro meio qualquer, como, por exemplo, ameaça velada.

3.1. Objetividade Jurídica

Proteger a probidade administrativa.

3.2. Sujeito Ativo

O sujeito ativo é o funcionário público. O particular pode praticar o crime, em concurso com o funcionário.

P.: O particular, sem que haja concurso com o funcionário público, pode praticar concussão?

R.: Sim, uma vez que, antes de assumir a função pública, ainda é particular.

3.3. Sujeito Passivo

O sujeito passivo é o Estado (a Administração Pública). O particular pode ser sujeito passivo secundário.

3.4. Elementos Objetivos do Tipo

Exigir em razão da função: deve existir nexo causal entre a exigência e a função.

P.: Se alguém se faz passar por fiscal ou policial e exige dinheiro, que crime comete?

R.: Pode ser o crime de extorsão, mas não é caso de concussão, porque ele não tem função.

Em razão da função não significa no exercício da função. São coisas diferentes. A pessoa pode estar em férias, de folga, ou ainda não ter assumido a função.

O funcionário pode exercer a função e o crime não ser concussão. Exs.: ameaçar e pedir o relógio, exigir dinheiro para não mostrar fotos comprometedoras.

A vantagem deve ser indevida, pois se a vantagem for devida configura o crime de abuso de autoridade.

P.: A vantagem da concussão tem de ser patrimonial ou também pode ser moral?

R.: Prevalece o entendimento de que deve ser patrimonial. Há quem diga que pode ser moral (prestígio, posição de destaque).

P.: E se o funcionário exigir que a vítima pratique sexo?

R.: É crime de estupro.

3.5. Consumação e Tentativa

A consumação ocorre no momento em que a exigência chega ao conhecimento da vítima, pois o crime de concussão é formal.

A concussão não depende da obtenção da vantagem para a sua consumação; basta a exigência. Se o funcionário obtiver a vantagem, será mero exaurimento.

A tentativa é possível. Exemplo: quando a exigência for por escrito. Pode ocorrer a tentativa também no caso de secretária eletrônica, quando alguém retira a fita antes de a vítima ouvir e leva-a para a polícia.

Não é possível a tentativa na conduta verbal.

Se a vítima avisar a polícia do dia, hora e local em que vai entregar o dinheiro exigido, o crime já estava consumado desde o momento da exigência.

P.: Neste caso é flagrante?

R.: Há duas posições a respeito:

- Não há flagrante porque o crime se consumou no momento da exigência. Exigência é uma conduta instantânea.
- A posição majoritária sinaliza no sentido de que há flagrante, pois o crime é instantâneo, mas de efeitos permanentes, podendo ser enquadrado no "logo após". Há um segundo argumento ainda, de que a exigência pode ser vista como uma conduta permanente, pois se prolonga no tempo.

4. CORRUPÇÃO PASSIVA – ARTIGO 317 DO CÓDIGO PENAL

"Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa."

Na corrupção passiva não há ameaça, nem constrangimento.

4.1. Elementos Objetivos do Tipo

Solicitar, pedir. Quem pede não constrange, não ameaça, simplesmente pede. A atitude de solicitar é iniciativa do funcionário público.

Receber, entrar na posse. É preciso o indício de que a pessoa entrou na posse efetivamente.

Aceitar promessa, concordar com a proposta. Pode ser por silêncio, gesto, palavra. A iniciativa é de um terceiro que faz a proposta. Alguém propõe e o funcionário aceita.

P.: Sempre que houver corrupção passiva irá existir o crime de corrupção ativa?

R.: Não. Na conduta de solicitar, quando, por exemplo, o funcionário pede e o particular não dá, só ocorre corrupção passiva.

Observação: se o funcionário pede e a pessoa coloca a mão dentro do bolso e entrega, não é caso de corrupção ativa pois não existe tipificação para entregar, só para prometer, oferecer. Só há corrupção passiva nesse caso.

Na modalidade solicitar, onde a iniciativa é do funcionário público, não há crime de corrupção ativa, e sim de corrupção passiva.

Já, nas modalidades de receber e aceitar promessa, ocorre corrupção ativa na outra ponta, pois a iniciativa foi de terceiro.

Vantagem indevida na corrupção passiva é para que o funcionário faça alguma coisa, deixe de fazer, ou então retarde.

P.: Se a vantagem indevida for para o funcionário praticar um ato de ofício, há corrupção passiva?

R.: Sim. O que importa é a vantagem indevida como motivo. Tanto faz se o ato é de ofício ou não; importa é que a vantagem seja indevida.

Ex.: seguradora oferece dinheiro para os policiais que encontrarem determinados carros. Há crime de corrupção passiva, pois eles já ganham para fazer isso.

Observação: recompensa genérica não é crime.

4.2. Classificação da Corrupção Passiva

A doutrina classifica a corrupção passiva em:

- *Própria*: ocorre quando a vantagem indevida for oferecida para o funcionário praticar ou deixar de praticar, ilegalmente, o ato.
- *Imprópria*: quando se pretende que o ato, que o funcionário venha a realizar ou deixe de realizar, seja legal.
- *Antecedente*: a vantagem é entregue ao funcionário antes da ação ou omissão.
- *Subseqüente ou conseqüente*: a vantagem é prometida antes, mas entregue depois.

A gratificação em agradecimento, ou em época festiva, se for de pequeno valor ou genérica, não configura crime. É um costume, e o costume afasta o dolo de corrupção.

4.3. Consumação e Tentativa

A consumação ocorre quando houver a solicitação, o recebimento ou a aceitação da vantagem.

A consumação não depende da prática ou da omissão de ato por parte do funcionário. O recebimento da vantagem só é importante para a modalidade receber.

É crime formal, pois não tem nenhum resultado naturalístico.

O exaurimento é causa de aumento de pena (+ 1/3).

A tentativa é possível na solicitação por escrito.

4.4. Corrupção Passiva Privilegiada – § 2.º

A corrupção passiva privilegiada ocorre com pedido ou influência de outrem.

Esse parágrafo deveria ser crime autônomo, porque traz elementos muito diferentes da corrupção.

Corrupção privilegiada é um crime material – praticar, deixar de praticar.

Na corrupção passiva o móvel todo é a vantagem indevida; na corrupção privilegiada o sujeito aceita o pedido.

5. PREVARICAÇÃO – ARTIGO 319 DO CÓDIGO PENAL

"Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa".

A satisfação do interesse ou sentimento pessoal é o que diferencia a prevaricação da concussão e da corrupção. Trata-se de um elemento subjetivo do tipo.

Se for caso de vantagem indevida, o crime é o de concussão ou corrupção passiva.

Se for caso de sentimento pessoal, o crime é o de prevaricação.

A prevaricação é crime subsidiário – a vantagem indevida pode caber na prevaricação.

Aqui deve se entender sentimento pessoal como sentimentos de amor, ódio, raiva, vingança, amizade, inimizade.

P.: Interesse ou sentimento: pode ser beneficiada terceira pessoa?

R.: Sim. Pode ser um interesse pessoal e ajudar terceiro. O benefício, na prevaricação, pode ser de terceira pessoa.

P.: A preguiça ou o desleixo podem ser enquadrados na prevaricação?

R.: A mera preguiça não configura prevaricação.

5.1. Elementos Objetivos do Tipo

São elementos objetivos do tipo:

- retardar;
- deixar de praticar;
- praticar.

As condutas retardar e deixar de praticar são condutas omissivas (omissão própria).

Praticar é conduta comissiva.

A diferença entre retardar e deixar de praticar é que esse último tem um tom de definitividade. Retardar é protelar, demorar.

Ato de ofício é aquele ato que está inserido na esfera de atribuições ou de compromissos do agente.

5.2. Elementos Normativos

Os elementos normativos dependem de juízo de valor, ou seja, retardar ou deixar de praticar *indevidamente*, e praticar, *contra disposição expressa de lei*.

5.3. Consumação e Tentativa

Consumação: nas condutas omissivas, quando o agente retarda ou deixa de praticar o que deveria. Na conduta de praticar, quando atua.

Nos crimes omissivos próprios não é possível a tentativa. Na conduta de praticar, a tentativa é admissível.

CURSO DO PROF. DAMÁSIO A DISTÂNCIA

MÓDULO XXIII

DIREITO PENAL

DIREITO PENAL

1. RESISTÊNCIA – ARTIGO 329 DO CÓDIGO PENAL

"Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos."

1.1. Objetividade Jurídica

A autoridade, o prestígio da Administração Pública.

1.2. Sujeito Ativo

O sujeito ativo é qualquer pessoa, até mesmo funcionário público, pois, no momento em que resiste, ele deixa de ser funcionário público, uma vez que nenhuma função é exercida com violência ou grave ameaça.

P.: Um policial prende alguém, e um amigo deste investe contra o policial para tentar impedir a prisão. Esse terceiro pratica crime de resistência?

R.: Sim, pois o tipo não exige que aquele que vai sofrer o ato é que pratique a resistência.

1.3. Sujeito Passivo

O Estado é o sujeito passivo primário e o funcionário competente ou quem lhe esteja prestando auxílio é o sujeito passivo secundário.

O funcionário tem de ser competente, ou seja, ter entre suas atribuições a atribuição de praticar o ato.

P.: Se dois policiais vão prender alguém e são recebidos a tiro, quantos crimes de resistência foram praticados?

R.: Apenas um crime, pois a oposição à execução do ato é um crime só, não importando o número de funcionários.

1.4. Elementos Objetivos do Tipo

Conduta: opor-se, servir de oposição, de obstáculo.

A oposição tem de ser com violência ou com ameaça.

O tipo não exige grave ameaça; basta a ameaça, ou seja, a promessa de mal.

Resistência passiva não é crime de resistência, porque não há violência e nem grave ameaça. Exemplos: deitar-se no chão para não ser preso, segurar-se em um poste, fugir correndo.

A resistência deve servir para impedir o ato. Se o mesmo já foi praticado, não se pode falar em resistência, podendo esta ocorrer, no máximo, contemporânea ao ato.

Ato legal: o ato a ser cumprido deve ser legal quanto ao conteúdo e à forma. Se o ato for ilegal não se pode falar em crime de resistência.

P.: Se o ato for injusto, há resistência?

R.: Sim. Não é possível discutir se é justo ou injusto; apenas é preciso observar se o ato é legal ou não.

1.5. Elemento Subjetivo do Tipo

Dolo, intenção de opor-se à execução do ato, com violência ou ameaça. Além do dolo, deve haver a intenção de impedir o ato – finalidade especial.

P.: A embriaguez afasta o crime de resistência?

R.: A embriaguez não afasta o dolo. Alguns autores sustentam que a embriaguez afasta a intenção de impedir o ato, porque o bêbado não tem noção dessa finalidade especial.

1.6. Consumação

O crime de resistência consuma-se no momento em que a pessoa opõe-se, com violência ou ameaça. Trata-se, portanto, de crime formal – *caput*.

Se o agente consegue impedir o ato, ocorre exaurimento, que no crime em questão configura uma qualificadora, constante do § 1.º (como o § 1.º exige o resultado, nesse caso, o crime é material.).

1.7. Concurso de Crimes

A lei determina o concurso da resistência com a violência (art. 329, § 2.º, do CP). Não há concurso com a ameaça, pois esta fica absorvida.

O concurso é material.

No caso de resistência e desacato, a resistência absorve o desacato.

No caso de resistência e desobediência, a resistência absorve a desobediência.

É pacífico que a resistência absorve as vias de fato.

2. DESOBEDIÊNCIA – ARTIGO 330 DO CÓDIGO PENAL

"Desobedecer a ordem legal de funcionário público.

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa."

2.1. Objetividade Jurídica

A Administração Pública, seu prestígio, sua autoridade.

2.2. Sujeito Ativo

Qualquer pessoa.

P.: Funcionário público, no exercício da função, pratica desobediência?

R.: Há duas posições:

- A majoritária afirma que o funcionário público no exercício da função pratica prevaricação e não desobediência, pois, nesse caso, há crime próprio. Ex.: juiz dá ordem ao escrivão e este não a cumpre pratica o crime de prevaricação.
- A minoritária sustenta que o funcionário público, no exercício da função, pratica o crime de desobediência ao não atender a ordem de outro funcionário público.

2.3. Sujeito Passivo

O Estado e, de forma secundária, o funcionário público que emitiu a ordem desobedecida.

2.4. Elementos Objetivos do Tipo

Desobedecer: não cumprir, não atender.

P.: O crime é comissivo ou omissivo?

R.: O crime de desobediência pode ser praticado na forma omissiva ou comissiva, dependendo da ordem dada.

Ordem legal: ordem é um mandamento, uma determinação, e não um pedido ou uma solicitação. Deve ser *legal* - material e formalmente (pode até não ser justa).

Funcionário público: deve ser competente para proferir a ordem.

Para que o crime se configure, é necessário que o destinatário tenha o dever jurídico de cumprir a ordem. *Obs.*: não há crime se a recusa ocorre por motivo de força maior.

2.5. Consumação

O crime de desobediência consuma-se com a realização da conduta, que pode ser omissiva ou comissiva.

2.6. Tentativa

Em regra, a tentativa é admitida apenas quando a conduta é comissiva.

A jurisprudência tem entendido que quando um fato que poderia caracterizar crime de desobediência tem sanção civil ou administrativa – e essa não estabelece cumulação com pena criminal – ele não é considerado crime.

Obs.: recusar-se ao teste do bafômetro não configura crime.

3. DESACATO – ARTIGO 331 DO CÓDIGO PENAL

"Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa."

3.1. Objetividade Jurídica

Resguardar a Administração Pública, sua autoridade, seu prestígio.

3.2. Sujeito Ativo

Qualquer pessoa.

P.: O funcionário público, no exercício da função, pode praticar desacato? Como, por exemplo, juiz ofender escrivão.

R.: Segundo a doutrina dominante sim, pois nenhuma função pública autoriza ofender; a ofensa não faz parte do exercício funcional. Quando o funcionário público ofende, não age como funcionário público, mas sim como um particular.

P.: O advogado, no exercício funcional, pode praticar o crime de desacato?

R.: Sim. A Constituição Federal confere imunidade ao advogado nos crimes contra a honra (art. 133 da CF). O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil ampliou essa imunidade incluindo o desacato, que é um crime contra a Administração Pública; mas o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional essa ampliação.

3.3. Sujeito Passivo

O sujeito passivo é o Estado e, secundariamente, o funcionário público ofendido.

Se três funcionários forem desacatados no mesmo contexto há apenas um crime (segundo a doutrina majoritária, tratando-se de crime contra a honra, seriam três crimes).

3.4. Elementos Objetivos do Tipo

Desacatar: ofender, humilhar, desprestigiar.

O desacato pode ser praticado de qualquer forma (palavras, gestos), exceto por carta, pois é exigida a presença do funcionário. O crime deve atingir a função que ele exerce e não sua pessoa.

Estar presente não significa estar cara a cara, mas sim que o funcionário tem de perceber a conduta.

A carta pressupõe ausência. Por carta pode existir crime contra a honra.

Diferença entre desacato e injúria qualificada:

- *funcionário presente*: desacato;

- *funcionário ausente*: injúria qualificada.

Se o funcionário não se sentir ofendido, ainda assim haverá crime. O sujeito passivo é a Administração.

P.: O funcionário pode ser desacatado estando de férias? Ou no fim de semana?

R.: Sim. O tipo refere-se a funcionário público no exercício funcional ou *em razão da função*.

Obs.: dizer que todo funcionário público é vagabundo não é desacato por ser uma afirmação genérica.

O desacato precisa de testemunha, não bastando a palavra do funcionário público.

3.5. Consumação

O crime consuma-se no momento da ofensa, da conduta.

3.6. Tentativa

Não é possível, pois para que o delito se configure é necessária a presença da vítima.

3.7. Elemento Subjetivo do Tipo

Intenção de ofender, atingir a função.

A jurisprudência majoritária exige o ânimo calmo e refletido para que ocorra o desacato.

4. CORRUPÇÃO ATIVA – ARTIGO 333 DO CÓDIGO PENAL

"Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa".

Esse crime configura um caso de exceção à teoria monista, segundo a qual todos os que contribuírem para um crime responderão por esse mesmo crime.

Se o funcionário público solicita vantagem indevida e o particular não a entrega, configura-se o crime de corrupção passiva. Ainda que o particular entregue o que foi solicitado pelo funcionário público, não haverá o crime em estudo, pois o tipo do artigo 333 refere-se apenas a *oferecer* ou *prometer* vantagem indevida.

Nos casos de "o particular *oferecer* e o funcionário *receber*" ou "o particular *prometer* e o funcionário *aceitar promessa*", há corrupção ativa e corrupção passiva.

Se o particular oferecer vantagem indevida e o funcionário não aceitar, só há crime de corrupção ativa.

No crime de corrupção ativa o particular tem a iniciativa de corromper o funcionário público.

4.1. Objetividade Jurídica

Proteger o prestígio da Administração Pública.

4.2. Sujeito Ativo

Qualquer pessoa. Um funcionário público pode corromper outro funcionário público.

4.3. Sujeito Passivo

O sujeito passivo é o Estado, é a Administração Pública.

4.4. Elementos Objetivos do Tipo

- *Oferecer ou prometer:*

Oferecer: é apresentar, propor alguma coisa para ser aceita.

Prometer: é obrigar-se a fazer ou não fazer alguma coisa.

As condutas podem ser praticadas por qualquer modo (palavra, gesto, escrito, intermediário).

P.: Pedir para o funcionário "dar um jeitinho" configura o crime em questão?

R.: Não, pois não há oferecimento nem promessa de vantagem indevida.

- *Vantagem indevida:*

Se a vantagem for devida, haverá outro crime.

Vantagem: pode ser qualquer uma, econômica, sexual etc.

A oferta deve ser feita a pessoa determinada ou pessoas determinadas (mais de um funcionário). Oferta genérica não constitui crime.

- *Ato de ofício:*

Alguém pode oferecer dinheiro para que o funcionário realize suas funções; mesmo assim, haverá crime.

A conduta do agente deve ser anterior à conduta do funcionário. Se o funcionário já praticou o ato, a pessoa não sabe e oferece dinheiro, não há o crime.

P.: O funcionário vai praticar um ato ilegal contra a pessoa e esta, para não sofrer o ato, oferece dinheiro para o funcionário. Ela pratica crime?

R.: Não há crime. A pessoa está se defendendo da ilegalidade; ela não teve iniciativa, apenas se defendeu.

4.5. Elemento Subjetivo do Tipo

Dolo genérico: é a intenção de corromper, oferecer, prometer.

Dolo específico: determinar o funcionário público a praticar, omitir ou retardar o ato de ofício.

4.6. Consumação

Ocorre no momento do oferecimento, da promessa. Não importa se o funcionário irá fazer ou não. O crime é formal, não precisa do resultado para consumar-se.

Caso o funcionário efetivamente pratique o ato, é mero exaurimento; mas, nesse caso, o exaurimento aumenta a pena em um terço (parágrafo único do art. 333 do CP).

4.7. Tentativa

A tentativa é possível apenas na forma escrita (ex.: carta que se extravia antes de chegar ao conhecimento do funcionário).

5. DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA – ARTIGO 339 DO CÓDIGO PENAL

"Dar causa à instrução de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de

improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente:

Pena – reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa."

Esse crime foi modificado pela Lei n. 10.028, de 19.10.2000.

5.1. Objetividade Jurídica

A administração da justiça.

5.2. Sujeito Ativo

Qualquer pessoa, inclusive delegado, promotor, juiz etc.

Se o crime for de ação penal privada ou de ação penal condicionada à representação, quem pode dar causa à instauração é a vítima ou seu representante legal.

5.3. Sujeito Passivo

O Estado. O sujeito passivo secundário é aquele a quem se atribuiu falsamente a prática do delito.

5.4 Elementos Objetivos do Tipo

Dar causa: originar, causar, provocar.

Pode ser praticado por qualquer meio, pois é um crime de forma livre.

A denunciação caluniosa pode ser direta ou indireta.

Direta: quando o próprio agente dá causa (de forma verbal ou escrita).

Indireta: quando o agente faz com que a notícia chegue à autoridade por qualquer meio (telefonema anônimo, carta anônima, encenação por exemplo, colocar um objeto na bolsa de alguém).

A pena aumenta em um sexto se o autor servir-se de anonimato ou nome falso (art. 339, § 1.º, do CP).

P.: Instauração de investigação policial precisa de inquérito?

R.: Não. É possível que a polícia inicie uma investigação antes mesmo de instaurar um inquérito policial.

Processo judicial: abrange o processo penal e o processo civil.

Dar causa à investigação administrativa, sindicância ou procedimento administrativo, é crime.

Obs.: inquérito civil é investigação administrativa, e ação de improbidade é ação civil, mas o legislador quis ser expresso.

Contra alguém: o crime de denunciação caluniosa exige que a imputação seja feita contra alguém, ou seja, contra pessoa determinada.

Comunicação falsa de crime: a pessoa inventa um crime, mas não faz imputação a ninguém. Ex.: homem que cortou o próprio braço para receber o seguro e disse que foi vítima de roubo.

A denunciação caluniosa pode ocorrer de duas formas:

- O crime realmente aconteceu, mas o denunciado não participou.
- O agente *inventa* um crime e o atribui à determinada pessoa.

Há, também, denunciação caluniosa com imputação falsa de contravenção está previsto no § 2.º do artigo 339 do Código Penal.

O fato deve ser certo, determinado.

O mesmo fato pode ser objeto de inquérito civil e inquérito policial.

P.: Se o fato imputado for crime já prescrito?

R.: Não há crime de denunciação caluniosa.

Se o fato tiver uma excludente, não há denunciação caluniosa.

P.: Se uma pessoa fizer a imputação pensando que "fulano" é inocente e depois se descobre que ele é culpado, há o crime de denunciação caluniosa?

R.: Segundo a doutrina, o crime tem de ser subjetiva e objetivamente falso. No exemplo da pergunta a imputação foi subjetivamente falsa, ou seja,

na concepção do agente o denunciado era inocente. Objetivamente, a imputação era verdadeira porque este cometeu mesmo o crime. Nessa circunstância não há crime de denunciação caluniosa. A imputação não é falsa, e sim verdadeira.

P.: Se a denunciação caluniosa for praticada no interrogatório policial ou judicial, há crime?

R.: Prevalece o entendimento de que não há crime porque essa conduta estaria dentro da autodefesa.

5.5. Elemento Subjetivo do Tipo

Dolo direto ("sabe").

O dolo eventual está excluído. Se o denunciante não tem certeza quanto à responsabilidade do denunciado, não há crime – mesmo se, posteriormente, ficar comprovado que o denunciado não havia cometido o delito.

5.6. Consumação

Consuma-se o delito quando iniciada a investigação ou o processo. Não basta a notícia.

5.7. Tentativa

É possível. Ex.: “A” narra o fato, mas, por circunstâncias alheias à sua vontade, o processo não é instaurado.

P.: Há arrependimento eficaz na denunciação caluniosa?

R.: Sim. Ex.: indivíduo noticiou o delito, o Boletim de Ocorrência foi lavrado, mas, depois, arrependeu-se e contou a verdade antes que a investigação fosse iniciada – é arrependimento eficaz.

5.8. Diferença Entre Denunciação Caluniosa e Calúnia

Calúnia (art. 138 do CP) é a imputação falsa de um *crime*.

Denunciação caluniosa é a imputação de um *crime* ou de uma *contravenção*, que deve dar causa à instauração de investigação ou processo.

Na calúnia a intenção do agente é ofender a honra. Na denunciação caluniosa a intenção do agente é instaurar o procedimento.

Os dois crimes não irão existir conjuntamente: ou ocorrerá calúnia ou denunciação caluniosa, dependendo da intenção do agente.

6. COMUNICAÇÃO FALSA DE CRIME OU CONTRAVENÇÃO – ARTIGO 340 DO CÓDIGO PENAL

"Provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe não se ter verificado:

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa."

A diferença entre denunciação caluniosa e comunicação falsa de crime está em que na denunciação caluniosa há imputação de crime a alguém, e na comunicação falsa não há imputação a alguém, pois apenas se comunica um fato.

Exemplo de comunicação falsa: "fui furtado".

Exemplo de denunciação caluniosa: "João me furtou".

7

6.1. Objetividade Jurídica

Resguardar a Administração Pública, a administração da justiça.

6.2. Sujeito Ativo

Qualquer pessoa.

6.3. Sujeito Passivo

O Estado, visto como Administração Pública.

6.4. Elementos Objetivos do Tipo

Provocar: dar causa, originar, ocasionar.

Ação da autoridade: investigação. Não basta a lavratura do Boletim de Ocorrência, devendo ser iniciada uma investigação.

Autoridade: delegado, juiz, promotor, policial etc. o conceito é bem amplo.

O crime é de forma livre, podendo ser cometido por escrito, verbalmente, por interposta pessoa etc.

6.5. Elemento Subjetivo do Tipo

Dolo direto, pois a lei exclui o dolo eventual ao usar o termo *que sabe*.

6.6. Consumação

Com o início da investigação.

Se apenas for lavrado o Boletim de Ocorrência, o crime foi tentado.

6.7. Tentativa

É possível. Pode não ocorrer a atuação da autoridade por circunstâncias alheias à vontade do agente.

6.8. Arrependimento Eficaz

É possível. Nesse caso, o fato será atípico.

P.: Se uma pessoa narra falsamente um crime para esconder um crime que praticou por qual crime responde?

R.: Pelos dois. Ex.: apropriação indébita e falsa comunicação.

P.: Se a pessoa comunica falsamente um crime para conseguir realizar outro crime, por exemplo, falsa comunicação e estelionato, pelo que responde?

R.: Há várias posições:

- o estelionato prevalece, pois o crime-fim absorve o crime-meio;
- concurso formal de delitos;
- concurso material.

MÓDULO XXIV

DIREITO PENAL

Praça Almeida Júnior, 72 – Liberdade – São Paulo – SP – CEP 01510-010
Tel.: (11) 3346.4600 – Fax: (11) 3277.8834 – www.damasio.com.br

DIREITO PENAL

1. AUTO-ACUSAÇÃO FALSA – ARTIGO 341 DO CÓDIGO PENAL

"Acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa."

Difere da denunciação caluniosa, na qual a imputação é à terceira pessoa.

1.1. Objetividade Jurídica

A administração da justiça.

1.2. Sujeito Ativo

Qualquer pessoa.

P.: Pode haver co-autoria?

R.: Sim, pois é diferente do falso testemunho, em que cada um pratica um crime. Exemplo: duas pessoas se acusam de crime praticado por outros dois indivíduos ou por crime inexistente.

P.: Se o agente praticar o crime com outra pessoa, mas assumir o crime sozinho, praticou auto-acusação falsa?

R.: Não. O crime existiu e ele foi autor.

1.3. Sujeito Passivo

O Estado, a coletividade.

1.4. Elementos Objetivos do Tipo

O núcleo é *acusar-se*, ou seja, apontar a sim mesmo como autor do crime.

A auto-acusação falsa não é um crime de mão-própria; tem forma livre.

P.: É necessário espontaneidade, ou a conduta pode ser provocada?

R.: Não precisa de espontaneidade, basta que exista o dolo.

O tipo refere-se à autoridade no sentido amplo, ou seja, juiz, promotor, delegado, policial etc.

É necessário que a auto-acusação seja de crime, pois se for de contravenção o fato é atípico.

1.5. Elemento Subjetivo do Tipo

Basta o dolo.

1.6. Consumação

O crime consuma-se no momento em que a auto-acusação chegar ao conhecimento da autoridade.

Observação: na denunciação caluniosa não basta a comunicação; deve ser iniciada a investigação.

1.7. Tentativa

É possível, na forma escrita.

Nesse crime não cabe o arrependimento eficaz.

P.: Se o agente se auto-acusa falsamente e inclui terceiro, responde pelo quê?

R.: Concurso formal: o agente responderá por crime de auto-acusação falsa e por denunciação caluniosa.

2. FALSO TESTEMUNHO OU FALSA PERÍCIA – ARTIGO 342 DO CÓDIGO PENAL

"Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, tradutor ou intérprete em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral".

2.1. Objetividade Jurídica

A administração da justiça.

2.2. Sujeito Ativo

A testemunha, o perito, o tradutor e o intérprete. Trata-se de crime próprio.

Se a vítima mentir, não pratica o crime, assim como as partes também não praticam o falso testemunho.

P.: Aqueles que não prestam compromisso (promessa de dizer a verdade) praticam falso testemunho?

R.: Há divergência. A doutrina majoritária entende que sim. Fundamento: o compromisso não faz parte do tipo penal. Esse fala em testemunha, que pode ser compromissada ou não. O dever de dizer a verdade não decorre do compromisso. Todos têm o dever de dizer a verdade em Juízo. Para a doutrina minoritária, os que não prestam compromisso são informantes

e não testemunhas; se não prestam compromisso, não têm o dever de dizer a verdade, já que esse dever decorre do compromisso. Por isso não há crime de falso testemunho.

A jurisprudência está dividida. O Supremo Tribunal Federal tem decidido que há crime de falso testemunho, mesmo que a pessoa não preste compromisso.

P.: Proibidos de depor podem praticar falso testemunho?

R.: Os proibidos de depor (art. 207 do CP), por exceção, podem depor. Eles devem ser desobrigados do sigilo pelo interessado. Eles têm de querer depor. Eles prestam compromisso; logo, praticam o crime de falso testemunho.

P.: É possível concurso de agentes em crime de falso testemunho?

R.: A co-autoria não é permitida, pois se trata de crime de mão própria. Com relação à participação, a doutrina majoritária afirma que não há participação em falso testemunho, porque o Código Penal tipificou uma forma de participação como crime autônomo no artigo 343 (suborno de testemunha ou perito). As demais formas de participação são indiferentes penais, fatos atípicos. Para a doutrina minoritária, o fato de a lei ter tipificado autonomamente uma conduta não significa que as demais são atípicas. Além disso, há o artigo 29 do Código Penal e, portanto, há participação no falso testemunho.

O Tribunal de Justiça de São Paulo acompanha a doutrina majoritária, não admitindo participação.

O Superior Tribunal de Justiça, majoritariamente, entende que é possível participação.

O Supremo Tribunal Federal não admite participação.

O falso testemunho só é considerado crime se o fato for juridicamente relevante.

O fato deve ter potencialidade lesiva.

A mera contradição entre depoimentos não configura crime de falso testemunho.

P.: A testemunha que mente sobre a sua qualificação pratica falso testemunho?

R.: Não. Pode configurar, no máximo, falsidade ideológica.

P.: Se o juiz não levar em consideração o depoimento falso, existe o crime?

R.: Sim, o que importa é a potencialidade lesiva.

Perito: pessoa que possui conhecimentos técnicos para, após exame, emitir parecer a respeito de questões relativas aos seus conhecimentos.

O tradutor e o intérprete também são peritos.

Tradutor é aquele que verte, ou seja, traduz para o idioma nacional texto em língua estrangeira.

Intérprete é aquele encarregado de fazer com que se entendam, quando necessário, a autoridade e alguma pessoa que não conhece o idioma nacional ou que está impossibilitada de falar.

"O tradutor e o intérprete diferenciam-se do perito comum, porque não são fontes de prova, limitando-se a fazer compreender o conteúdo de elementos produzidos para instrução e decisão do processo em causa."[1]

2.3. Sujeito Passivo

O Estado e, secundariamente, aquele a quem o falso possa prejudicar.

2.4. Elementos Objetivos do Tipo

Fazer afirmação falsa: dizer, afirmar o que não corresponde com a verdade.

Negar a verdade: dizer que não sabe o que sabe, dizer que não viu o que viu etc.

Calar a verdade: silenciar a respeito do que sabe. O silêncio por si só, nesse caso, é crime.

Obs.: Não falar, para não se incriminar, não é crime (STF).

[1] GONÇALVES, Victor Eduardo. *Dos Crimes Contra os Costumes aos Crimes Contra a Administração Pública.* 4.ªed. São Paulo: Saraiva, 2001. (Série Sinopse, 10)

P.: É possível falso testemunho sobre fato verdadeiro?

R.: Há duas posições. Para a *teoria objetiva*, o falso testemunho é a não correspondência entre o que é dito, ou não dito, e o fato. O que importa é o fato. Então, para essa posição, não há crime. Para a *teoria subjetiva*, o falso testemunho é a falta de correspondência entre o que a pessoa sabe e o que ela diz. Para essa posição existe o crime, pois a pessoa não viu e disse que viu, ainda que o fato seja verdadeiro. Nosso Código Penal adotou a teoria subjetiva.

O falso testemunho pode se dar em processo judicial, policial, administrativo ou em juízo arbitral.

Obs.: processo judicial pode ser penal, civil, trabalhista. Quanto ao processo policial, a lei deveria ter dito inquérito policial.

Já a expressão processo administrativo tem dois sentidos:

- Amplo: o processo administrativo abrange todos os procedimentos administrativos (sindicância, inquérito civil).
- Restrito: é só procedimento administrativo.

Nesse caso, não há posição majoritária.

P.: Existe falso testemunho em Comissão Parlamentar de Inquérito?

R.: Sim. Baseado em lei própria (art. 4.º, inc. II, da Lei n. 1.579/52).

P.: Se o processo onde foi praticado o falso testemunho for anulado, permanece o falso testemunho?

R.: Posição majoritária: não existe o crime. O que é nulo não produz efeitos.

P.: Pode ser proposta a ação por crime de falso testemunho antes de decidido o processo em que se deu o perjúrio?

R.: Há várias posições a respeito:

- Não. Porque pode haver retratação até a sentença desse processo em que foi praticado o falso. Essa não é a posição majoritária.
- Sim. Pode ser proposta e até ser julgada antes porque os crimes são autônomos (ponto de vista penal).
- A ação pode ser proposta, mas não pode ser julgada antes do processo onde o falso foi cometido, isso para evitar decisões conflitantes. Deve haver conexão e decisão única (ponto de vista processual).

Obs.: nem sempre haverá conexão. Ex.: falso testemunho em processo civil.

2.5. Elemento Subjetivo do Tipo

Basta o dolo. Não há necessidade de intenção especial.

2.6. Consumação

Com o encerramento do depoimento, ou seja, com a assinatura da testemunha.

No crime de falsa perícia, a consumação se dá com a *entrega* da perícia para ser anexada aos autos (não com a juntada).

2.7. Tentativa

Teoricamente é possível. Como, por exemplo, no caso de ocorrer um tumulto ou um incêndio antes do encerramento do depoimento.

Na falsa perícia também é possível a tentativa, como no caso de extravio.

2.8. Falso Testemunho Qualificado – Artigo 342, § 1.º

O falso testemunho qualificado ocorre quando a finalidade do delito for obter prova destinada a produzir efeitos no processo penal.

A prova não precisa ser feita no processo penal, basta a finalidade. Aqui há dolo específico (elemento subjetivo do tipo).

2.9. Causa de aumento de pena – Artigo 342, § 2.º

A pena é aumentada em 1/3 se o crime é praticado mediante suborno. Tanto faz se houve pagamento ou promessa de pagamento.

Aquele que suborna responde pelo crime do artigo 343.

Obs.: a doutrina observa que, se o perito for oficial (funcionário público), cometerá o crime de corrupção passiva (art. 317 do CP) e aquele que ofereceu ou prometeu a vantagem responderá por corrupção ativa (art. 333 do CP).

2.10. Retratação – Artigo 342, § 3.º

O fato deixa de ser punível se, antes de a sentença ser proferida (no processo em que o crime de falso testemunho foi praticado), o agente se retratar.

Retratação: desdizer, retirar o que disse. Mas isso não basta, pois o agente tem que restaurar a verdade.

É causa de extinção da punibilidade (art. 107, inc. VI, do CP).

Declaração da verdade: no caso em que o agente se calou ou negou a verdade.

3. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO – ARTIGO 344

"Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência."

3.1. Objetividade Jurídica

A administração da justiça.

3.2. Sujeito Ativo

O indivíduo contra quem foi instaurado o procedimento ou terceiro que vise o benefício daquele.

3.3. Sujeito Passivo

O Estado e, em segundo plano, aquele que sofre a coação.

Obs.: cabe ressaltar que, apesar do nome "coação no curso do processo", o crime também estará configurado se a violência ou grave ameaça for utilizada no curso do inquérito policial, de procedimento administrativo ou de procedimento em juízo arbitral.

3.4. Elemento Subjetivo do Tipo

O dolo de favorecer interesse próprio ou alheio.

3.5. Consumação

O delito se consuma no momento do emprego da violência ou grave ameaça, independentemente do êxito, do fim visado pelo agente. Trata-se de crime formal.

3.6. Tentativa

É possível.

4. EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES – ARTIGO 345 DO CÓDIGO PENAL

"Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência."

O que se pune é a conduta tendente à satisfação de pretensão, no sentido técnico, ou seja, direito que o agente supõe ter e que pode ser levado a Juízo.

A pretensão pode ser legítima ou não, é irrelevante.

P.: Se a pretensão for ilegítima, podemos ter esse crime?

R.: Sim. Mas o agente precisa supor que é legítima.

Fazer justiça com as próprias mãos é conduta de forma livre.

Se o delito for praticado com violência, haverá concurso material de crimes.

P.: A pessoa pode defender direito de terceiro para caracterizar o crime, ou a pretensão tem que ser própria?

R.: Pode existir o crime por direito de terceiro, desde que o agente atue como representante, mandatário desse terceiro.

Elemento subjetivo do tipo: dolo genérico e dolo específico – “para satisfazer pretensão”.

Elemento normativo do tipo: “salvo quando a lei o permite”.

Obs.: o parágrafo único do artigo 345 do Código Penal estabelece que, se não houver emprego de violência, a ação será privada.

5. FAVORECIMENTO REAL E PESSOAL

Favorecimento pessoal é o auxílio ao autor do crime para que se subtraia da ação da autoridade. A conduta é voltada para o autor de crime.

Favorecimento real é a conduta destinada a tornar seguro o proveito do crime. Ex.: "A" mata "B" e pede para "C" esconder a arma. "C", neste caso, praticou o crime de favorecimento pessoal, pois a arma é instrumento e não proveito do crime.

5.1. Distinções

- Favorecimento pessoal e concurso de agentes:

O co-autor ou partícipe não pratica o favorecimento.

Quando o liame for anterior ou concomitante ao fato, não há favorecimento, mas sim concurso de agentes. O favorecimento, por ser posterior, é independente do crime.

- Favorecimento real e receptação:

Na receptação o agente atua com intento de lucro, para si ou para outrem (que não o autor do crime antecedente).

O favorecimento real é a conduta de quem quer tornar seguro o proveito do crime para o outro. Se houver trato anterior, o agente responde por receptação. Na dúvida, o agente responde pela receptação.

Para que se configure o favorecimento real ou o favorecimento pessoal, há dependência de que haja crime anterior.

Se o agente do crime anterior for absolvido, não se pode mais falar em favorecimento pessoal. Mas continuará havendo favorecimento real, porque para isso basta que haja um crime anterior.

5.2. Consumação

Favorecimento pessoal: se o agente conseguir subtrair-se da ação da autoridade, ainda que por poucos instantes.

Favorecimento real: consuma-se com o auxílio, ainda que não torne seguro o proveito do crime.

5.3. Tentativa

É possível.

DIREITO PENAL

MÓDULO I

Favor desconsiderar o último parágrafo do item **6. ART. 10 DO CP** e substituir pelo a seguir:

- *Prazos de Direito Material (art. 10 do CP)*: Na sua contagem, computa-se o dia do começo como o primeiro dia, excluindo-se, por conseqüência, o dia do final; não se prorroga quando termina em domingo ou feriado (o sábado é considerado feriado), ou seja, não segue até o dia útil subseqüente. São prazos considerados “fatais”; entretanto, são prazos sujeitos à suspensão e interrupção.

DIREITO PENAL

MÓDULO III

No item ***1.3.1. Teoria da equivalência dos antecedentes,*** o terceiro parágrafo foi reformulado, recebendo a seguinte a redação:

"O critério da eliminação hipotética pode ser chamado como o critério do "finja que não ocorreu", ou seja, se o desaparecimento da causa fizer com que desapareça o resultado, significa que a causa provocou o resultado."

Favor desconsiderar o item ***4.1.3. Teoria pluralística*** e substituir pelo a seguir:

4.1.3. Teoria pluralística

Conforme expõe o Prof. Damásio de Jesus[1], "Segundo esta doutrina, no concurso de pessoas não ocorre apenas pluralidade de pessoas, mas também de crimes. A cada um dos participantes corresponde uma conduta própria, um elemento psicológico próprio, um resultado próprio, devendo-se, pois, concluir que cada um responde por delito próprio. Há pluralidade de agentes e pluralidade de crimes. Considera cada um dos participantes como responsável por um delito próprio e punível em harmonia com seu significado anti-social. É uma teoria subjetiva, ao contrário da unitária, que é objetiva". Foi a teoria adotada como exceção pelo Código Penal brasileiro (art. 29, § 2.º).

[1] *Direito Penal*, 24.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, vol. 1, p. 412.

DIREITO PENAL

MÓDULO VI

No item ***2.2.3. Hipóteses de cabimento da legítima defesa,*** com relação à pergunta "Cabe legítima defesa real contra legítima defesa subjetiva?", a resposta correta é a seguinte:

R.: Em tese, caberia, visto que, a partir da continuidade da agressão, a vítima torna-se agressora. Para a jurisprudência, entretanto, não é aceita, porque não pode invocar a legítima defesa quem iniciou a agressão.

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Drogas

Leis n. 6.368/76 e n. 10.409/2002

Luiz Fernando Vaggione

1. INTRODUÇÃO

Após longa tramitação legislativa, o Congresso Nacional finalizou o Projeto de Lei n. 1.873, de 1991 (n. 105/96 no Senado Federal), dispondo sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas que causem dependência física ou psíquica. Enviado o Projeto à sanção, decidiu o Exmo. Sr. Presidente da República vetar grande parte dos seus dispositivos, entre eles o art. 59 que revogava expressamente a Lei n. 6.368/76. Conseqüentemente, incumbirá ao operador do Direito a tarefa de comparar os dois textos legais, aplicando a Lei de Introdução ao Código Civil para identificar quais são os dispositivos da Lei n. 6.368/76 que continuam em vigor: "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior" (art. 2.º, § 1.º, do Decreto-Lei n. 4.657/42). De imediato, ressalta-se que não há infrações penais previstas na Lei n. 10.409/2002. Todos os artigos que compunham o Capítulo III do Projeto n. 1.873/91 foram vetados. Assim sendo, continuam em vigor, entre outros, os arts. 12 a 17, que definem as figuras típicas penais. Iniciaremos, pois, o

aludido trabalho comparativo entre as Leis ns. 6.368/76 e 10.409/2002. Antes de darmos início a essa tarefa, porém, abordaremos as finalidades por elas visadas.

2. FINALIDADES DA LEGISLAÇÃO PENAL CONTRA AS DROGAS QUE CAUSAM DEPENDÊNCIA

O uso de drogas sempre fez parte do cotidiano das sociedades. Richard Bucher, psicanalista, doutor em Psicologia pela Universidade Católica de Lovaina, Bélgica, enfatiza que "em todas as sociedades sempre existiram drogas, utilizadas com fins religiosos ou culturais, curativos, relaxantes ou simplesmente prazerosos. Graças às suas propriedades farmacológicas, certas substâncias naturais propiciam modificações das sensações, do humor e das percepções. Na verdade, o homem desde sempre tenta modificar suas percepções e sensações, bem como a relação consigo mesmo e com seus meios naturais e sociais. Recorrer a drogas psicoativas representa uma das inúmeras maneiras de atingir este objetivo, presente na história de todos os povos, no mundo inteiro. Antigamente, tais usos eram determinados pelos costumes e hábitos sociais, e ajudaram a integrar pessoas na comunidade, através de cerimônias coletivas, rituais e festas. Nessas circunstâncias, consumir drogas não representava perigo para a comunidade, pois estava sob seu controle. Hoje em dia, ao contrário, assiste-se a um desregulamento destes costumes, em conseqüência das grandes mudanças sociais e econômicas" (*Drogas: o que é preciso saber para prevenir*, 4.ª ed., São Paulo, Imprensa Oficial, 1994, p. 10).

O Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas (Cebrid), da Escola Paulista de Medicina, conforme nos indica Richard Bucher, dispõe de dados amplos e fidedignos sobre a situação do consumo de drogas no Brasil. É desconcertante averiguar que o alcoolismo (uso crônico do álcool) atinge de 3 a 10% da população brasileira! O que dizer então do crescente uso de solventes, ansiolíticos, anfetaminas e *Cannabis sativa* (a popular maconha), entre nossos estudantes de 1.º e 2.º graus, conforme já comprovava pesquisa realizada pelo Cebrid em 17 cidades brasileiras, em 1989? Passados mais de 12 anos, não é difícil imaginar a grave situação atual, devido a grande penetração do *crack* e mesmo da cocaína entre os nossos jovens. Tal fenômeno não se circunscreve às capitais brasileiras e suas regiões metropolitanas. O tráfico e o uso ilegais de drogas avançaram sobre pequenas cidades do interior, alvos débeis para a ação da criminalidade organizada.

Tal quadro, aliado aos níveis assustadores de violência urbana, certamente merece a atenção e o trabalho de toda a sociedade. A tarefa reservada aos educadores, informando e conscientizando a juventude, é fundamental. Ao Direito Penal, por sua vez, também está reservada importante tarefa. Como meio de controle social que é, cabe à legislação penal prover o Estado dos meios necessários à prevenção e à repressão do tráfico e do uso ilícitos de drogas. Mais do que em outras épocas, exige-se do Direito Penal a concretização de seu papel repressivo ao tráfico de drogas. Em relação ao usuário há, por um lado, pelo menos, o consenso de que deva ser objeto de um intenso trabalho de prevenção, mais do que de repressão. Ao dependente, por outro lado, coloca-se à disposição a rede pública para que lhe seja oferecido o cuidado terapêutico do qual necessita. Os desafios a superar são imensos e serão, certamente, vencidos com o trabalho sério e constante da sociedade e das autoridades.

3. CLASSIFICAÇÃO DAS DROGAS QUE PROVOCAM DEPENDÊNCIA

Segundo estudo de José Elias Murad, farmacologista, publicado na *Revista do IMESC*, em 1982, é possível dividir as drogas que provocam dependência em dois grandes grupos. No primeiro grupo estão os narcóticos ou *entorpecentes* ou estupefacientes, cujas propriedades farmacológicas são o combate à dor (analgésicos) e a indução ao sono (hipnóticos). Segundo a clássica definição de Di Mattei, entorpecente é um veneno que age eletivamente sobre o córtex cerebral, suscetível de promover agradável ebriedade, de ser ingerido em doses crescentes sem determinar envenenamento agudo ou morte, mas capaz de gerar estado de necessidade tóxica, graves e perigosos distúrbios de abstinência, alterações somáticas e psíquicas, profundas e progressivas[1].

Os psicotrópicos integram o segundo grupo. Como o termo é bastante amplo, busca-se restringi-lo às drogas que ensejam ações peculiares sobre o sistema nervoso central. Segundo Murad, nesse grupo devem ser incluídas as drogas que têm a capacidade de modificar o comportamento e a atividade psíquica do indivíduo. Porém, nem todos os psicotrópicos provocam dependência. Em síntese, a dependência é a sujeição do indivíduo às drogas, exposta pela necessidade física e/ou psíquica de ingeri-las.

Segundo a classificação formulada por Delay e Deniker, citada por Murad, os psicotrópicos dividem-se em três grandes grupos: psicolépticos, psicoanalépticos e psicodislépticos.

---

[1] GREGO FILHO, Vicente. *Tóxicos: Prevenção e Repressão*. 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

Os psicolépticos são drogas que reduzem a atividade mental, podendo ser destacados os hipnóticos e os tranqüilizantes ou ansiolíticos. Os psicoanalépticos são os estimulantes psíquicos. Entre eles temos as anfetaminas, que têm ação oposta à dos barbitúricos, eliminando a fadiga e o sono. Os psicodislépticos são drogas que distorcem a atividade mental. São os conhecidos alucinógenos, responsáveis pela produção de delírios e alucinações. Estão entre eles, por exemplo, a *Cannabis sativa*, a mescalina (alucinógeno forte extraído de um cacto mexicano) e o LSD 25 (di-etilamida do ácido lisérgico), produto semi-sintético obtido a partir do esporão do centeio.

4. APRECIAÇÃO PRELIMINAR DA LEI N. 10.409/2002

O exame dos Capítulos I e II da Lei n. 10.409/2002 evidencia a relevância dada à educação e à participação da sociedade no combate ao uso e ao tráfico de drogas. Já ao tempo da Lei n. 6.368/76, advertia João de Deus Lacerda Menna Barreto, membro da comissão nomeada pelo Ministério da Justiça para os estudos que serviram de base ao respectivo projeto de lei, que o objetivo era, essencialmente, prevenir e, acidentalmente, punir. A entrada em vigor da Lei n. 10.409/2002 não alterou, evidentemente, essa ordem de prioridades. Como anunciamos no início desse trabalho, a Lei n. 10.409/2002 não revogou expressamente a Lei n. 6.368/76. A opção do Presidente da República pelo veto parcial de dispositivos da Lei nova ensejou a necessidade de se verificar, caso a caso, se houve revogação ou a coexistência de dispositivos legais, com o nascimento de uma verdadeira “simbiose legal”. No

campo da prevenção, do tratamento e das disposições gerais, as Leis n. 6.368/76 e n. 10.409/2002 se complementam.

5. LEI N. 10.409/2002 – DISPOSIÇÕES GERAIS

Previstas no Capítulo I, tais disposições enfatizam, notadamente, o dever de colaboração das pessoas físicas ou jurídicas na prevenção da produção, do tráfico ou do uso indevidos de drogas que causem dependência física ou psíquica. Tal como ocorria na Lei n. 6.368/76, a Lei n. 10.409/2002 aborda o tema logo nos primeiros dispositivos. Essa prévia abordagem demonstra a importância dada à colaboração de todos, pessoas físicas e jurídicas, para a prevenção da produção, do tráfico ou do uso indevidos de drogas que causem dependência física ou psíquica.

5.1. Prevenção

5.1.1. Dever de prevenção

Dispõe o art. 2.º da Lei n. 10.409/2002:

"É dever de todas as pessoas, físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras com domicílio ou sede no País, colaborar na prevenção da produção, do tráfico ou uso indevidos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica".

Expressa-se no art. 2.º o dever imposto às pessoas físicas e jurídicas, deixando em aberto a forma de cooperação na prevenção da produção, do tráfico ou do uso indevidos de drogas que determinem dependência física ou psíquica.

Dever de colaboração

Lei n. 6.368/76	Lei n. 10.409/2002
É dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar na prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica (art. 1.º, *caput*).	É dever de todas as pessoas, físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras com domicílio ou sede no País, colaborar na prevenção da produção, do tráfico ou do uso indevidos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica (art. 2.º, *caput*).

Segundo o art. 10, *caput*, da Lei n. 10.409/2002, aos dirigentes de estabelecimentos ou entidades das áreas de ensino, saúde, justiça, militar e policial, ou de entidade social, religiosa, cultural, recreativa, desportiva, beneficente e representativas da mídia, das comunidades terapêuticas, dos serviços nacionais profissionalizantes, das associações assistenciais, das instituições financeiras, dos clubes de serviço e dos movimentos comunitários organizados caberá adotar, no âmbito de suas responsabilidades, *todas as medidas necessárias* à prevenção ao tráfico e ao uso de produtos, substâncias ou drogas que causem dependência física ou psíquica. O § 1.º do art. 10, por sua vez, dispõe que as pessoas jurídicas e as instituições e entidades públicas ou privadas *implementarão programas que assegurem a prevenção* ao tráfico e uso de produtos, substâncias ou drogas que causem dependência física ou

psíquica em seus respectivos locais de trabalho, incluindo campanhas e ações preventivas dirigidas a funcionários e seus familiares.

Quais seriam as medidas ou os programas de prevenção aludidos no art. 10? Um rol exemplificativo foi inserido no § 2.º do art.10. São medidas de prevenção as que visem, entre outros objetivos, os seguintes: 1.º) incentivar atividades esportivas, artísticas e culturais; 2.º) promover debates de questões ligadas à saúde, cidadania e ética; 3.º) manter nos estabelecimentos de ensino serviços de apoio, orientação e supervisão de professores e alunos; 4.º) manter nos hospitais atividades de recuperação de dependentes e de orientação de seus familiares. É também medida de prevenção a orientação escolar nos três níveis de ensino (art. 4.º, parágrafo único).

Não há na nova Lei, diversamente do que ocorria com a anterior (art. 4.º, par. ún., da Lei n. 6.368/76), a alusão a sanções penais ou administrativas em relação aos dirigentes supracitados que não adotem medidas de prevenção. À época da legislação revogada, a doutrina manifestava sua perplexidade diante da previsão dessas sanções. No campo penal, notava-se a completa impropriedade do dispositivo, decorrente da ausência de descrição da conduta típica. De qualquer forma, os referidos dirigentes dos estabelecimentos apontados no art. 10 poderão, no entanto, responder penalmente, desde que se comprove que concorreram para a prática dos crimes definidos da Lei n. 6.368/76.

Para as pessoas jurídicas, a não colaboração, *desde que injustificada*, implica a imediata suspensão ou indeferimento de auxílios ou subvenções, ou autorização de funcionamento, pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, e suas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, sob pena de responsabilidade da autoridade concedente (art. 2.º, § 1.º, da Lei n. 10.409/2002). A Lei nova distingue-se da

anterior (art. 1.º, par. ún., da Lei n. 6.368/76) porque não deixa "a juízo do órgão ou poder competente" a decisão de impor ou não as sanções previstas às pessoas jurídicas. Ao contrário, determina-as, de imediato, sob pena de responsabilidade da autoridade concedente.

Para as pessoas físicas que não colaborarem manteve-se a não-previsão de qualquer sanção. A exortação legal a elas endereçada continua sendo exclusivamente social ou moral. Como adverte Vicente Greco Filho, a ausência de sanção transforma a norma de imperativa em exortativa.

Dever de colaboração - Sanções

Lei n. 6.368/76	Lei n. 10.409/2002
As pessoas jurídicas que, quando solicitadas, não prestarem colaboração nos planos governamentais de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica perderão, a juízo do órgão ou do poder competente, auxílios ou subvenções que venham recebendo da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e Municípios, bem como de suas autarquias,	A pessoa jurídica que, injustificadamente, negar-se a colaborar com os preceitos desta Lei, terá imediatamente suspensos ou indeferidos auxílios ou subvenções, ou autorização de funcionamento, pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, e suas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, sob pena de responsabilidade da autoridade concedente (art. 2.º, § 1.º).

empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações (art. 1.º, parágrafo único).	

A Lei n. 10.409/2002 nos proporcionou uma novidade! O § 2.º do art. 2.º concedeu ao Poder Público a tarefa de criação de estímulos fiscais ou quaisquer outros, destinados às pessoas físicas ou jurídicas que colaborarem na prevenção da produção, do tráfico e do uso de drogas que causem dependência física ou psíquica. Observa-se que a Lei n. 10.409/2002 impôs um dever ao Poder Público, qual seja, o de criar estímulos fiscais e outros, o que dependerá de norma regulamentadora.

Dever de colaboração - Estímulos

Lei n. 6.368/76	Lei n. 10.409/2002
Não há dispositivo sobre o tema.	A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão estímulos fiscais e outros, destinados às pessoas físicas ou jurídicas que colaborarem na prevenção da produção, do tráfico e do uso de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica (art. 2.º, § 2.º).

Programas para prevenção – Pessoas jurídicas

Lei n. 6.368/76	Lei n. 10.409/2002
	As pessoas jurídicas e as instituições e entidades, públicas ou privadas, implementarão programas que assegurem a prevenção ao tráfico e ao uso de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica em seus respectivos locais de trabalho, incluindo campanhas e ações preventivas dirigidas a funcionários e seus familiares (art. 10, § 1.º).

5.1.2. Convênios

Entre os instrumentos de prevenção podemos citar, ainda, nos termos do art. 4.º da Lei n. 10.409/2002, a possibilidade de a União celebrar convênio com os Estados, com o Distrito Federal, com os Municípios e com entidades públicas ou privadas, além de organismos estrangeiros, visando à prevenção, ao tratamento, à fiscalização, ao controle, à repressão ao tráfico e ao uso indevidos de drogas que causem dependência. O novo dispositivo, mais abrangente do que o art. 7.º da Lei n. 6.368/76, amplia as opções de convênio significativamente, permitindo, até mesmo, a colaboração de organismos estrangeiros.

5.1.3. O uso da informação

A eficiência no controle da produção, do tráfico e do uso ilegais de drogas que causem dependência exige informação. Sem ela há dispersão de esforços e resultados ineficazes. Por isso, a Lei n. 10.409/2002, no art. 5.º, determinou que as autoridades sanitárias, judiciárias, policiais e alfandegárias organizarão e manterão estatísticas, registros e quaisquer outras informações que decorram de suas atividades relacionadas com a prevenção, a fiscalização, o controle e a repressão. Essas informações serão remetidas à Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD) e aos Conselhos Estaduais (CONEN) e Municipais de Entorpecentes (COMENS).

5.1.4. Inspeções sanitárias

Também faz parte do trabalho de prevenção a inspeção em empresas industriais e comerciais, em estabelecimentos hospitalares, de pesquisa, de ensino, ou congêneres, assim como nos serviços médicos e farmacêuticos que produzirem, venderem, comprarem, consumirem, prescreverem ou fornecerem drogas que possam causar dependência física ou psíquica. Nos termos do art. 6.º da Lei n. 10.409/2002, a Secretaria Nacional Antidrogas – SENAD, o Ministério Público, os órgãos de defesa do consumidor e as autoridades policiais podem requisitar a inspeção ora aludida às autoridades sanitárias.

5.1.5. Plantio, cultivo, colheita e exploração de vegetais

Outra faceta do trabalho de prevenção diz respeito ao controle disciplinado no art. 8.º da Lei n. 10.409/2002, que deve ser exercido pelo Estado, em relação ao plantio, à cultura, à colheita e à exploração de vegetais

dos quais possam ser extraídas drogas que causem dependência física ou psíquica. Reiterando, praticamente, o disposto no art. 2.º da Lei n. 6.368/76, a nova Lei proíbe as atividades supracitadas em todo o território nacional, excetuados o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais em questão, para fins medicinais ou científicos, mediante autorização e fiscalização (art. 8.º, § 1.º). A Lei n. 6.368/76 vedava o plantio, a cultura e a colheita, expressamente, aos particulares. A Lei n. 10.409/2002, entretanto, não distingue: quer as pessoas físicas, quer as jurídicas, podem ser autorizadas à prática dos comportamentos previstos no art. 8.º. Quanto ao plantio, a nova norma legal exige que o local deverá ser predeterminado e a concessão da autorização incumbe ao Ministério da Saúde:

"São proibidos em todo o território nacional, o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de todos os vegetais e substratos, alterados na condição original, dos quais possam ser extraídos produtos, substâncias ou drogas ilícitas, que causem dependência física ou psíquica, especificados pelo órgão competente do Ministério da Saúde.

§ 1.º O Ministério da Saúde pode autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no *caput*, em local predeterminado, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, sujeitos à fiscalização e à cassação da autorização, a qualquer tempo, pelo mesmo órgão daquele Ministério que a tenha concedido, ou por outro de maior hierarquia".

Frisa-se que as plantações ilegais devem ser destruídas pelas autoridades policiais, mediante prévia autorização judicial, ouvido o Ministério Público e a Secretaria Nacional Antidrogas (art. 8.º, § 2.º). A Lei n. 8.257/91 previu e regulamentou a expropriação de glebas utilizadas em culturas ilegais de plantas psicotrópicas, sem qualquer indenização ao proprietário e sem o prejuízo das sanções penais decorrentes desse comportamento. Essas glebas

serão destinadas ao assentamento de colonos para o cultivo de produtos alimentícios ou medicamentosos (art. 1.º da Lei n. 8.257/91).

Proibição de plantio de vegetais

Lei n. 6.368/76	Lei n. 10.409/2002
Ficam proibidos, em todo o território brasileiro, o plantio, a cultura, a colheita e a exploração, por particulares, de todas as plantas das quais possa ser extraída substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica (art. 2.º, *caput*).	São proibidos, em todo o território nacional, o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de todos os vegetais e substratos, alterados na condição original, dos quais possam ser extraídos produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, especificados pelo órgão competente do Ministério da Saúde (art. 8.º).

Cultura para fins medicinais ou científicos

Lei n. 6.368/76	Lei n. 10.409/2002
A cultura dessas plantas com fins terapêuticos ou científicos só será permitida mediante prévia autorização das autoridades competentes (art. 2.º, § 2.º).	O Ministério da Saúde pode autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no *caput*, em local predeterminado, exclusivamente para fins

	medicinais ou científicos, sujeitos à fiscalização e à cassação da autorização, a qualquer tempo, pelo mesmo órgão daquele Ministério que a tenha concedido, ou por outro de maior hierarquia (art. 8.º, § 1.º).

5.2. Tratamento

Os artigos 11 a 13 da Lei n. 10.409/2002 (Capítulo II da Lei Antitóxicos) ocupam-se do dependente e do usuário de drogas. Quanto ao dependente, tenha ou não praticado infração penal, impõe-se ao Estado a obrigação de prestar-lhe atendimento médico.

O tratamento continua sendo regido também pelo disposto nos arts. 9.º e 10 da Lei n. 6.368/76, isto é, as redes de serviços de saúde dos Estados e do Distrito Federal contarão, sempre que necessário e possível, com estabelecimentos próprios para o tratamento de dependentes de substâncias entorpecentes ou que causem dependência física ou psíquica. Enquanto tais estabelecimentos não forem criados, serão adaptados os já existentes. Quanto ao tratamento em regime de internação, ele só será obrigatório:

Art. 10 da Lei n. 6.368/76:

"O tratamento sob regime de internação hospitalar será obrigatório quando o quadro clínico do dependente ou a natureza de suas manifestações psicopatológicas assim o exigirem.

§ 1.º Quando verificada a desnecessidade de internação, o dependente

será submetido a tratamento em regime extra-hospitalar, com assistência do serviço social competente".

Nos termos do art. 12, § 1.º, da Lei n. 10.409/2002, o tratamento do dependente ou do usuário *(sic)*, será feito de forma multiprofissional e, sempre que possível, com a assistência da família.

Os estabelecimentos que receberem dependentes para tratamento deverão encaminhar ao Conselho Nacional Antidrogas (CONAD), até o dia 10 de cada mês, mapa estatístico dos casos atendidos, com a indicação do código da doença, segundo a classificação aprovada pela Organização Mundial da Saúde, vedada menção ao nome do paciente (art. 12, § 4.º, da Lei n. 10.409/2002). As instituições hospitalares e ambulatoriais comunicarão à Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD) os óbitos decorrentes do uso de drogas que causem dependência física ou psíquica (art. 13).

Tratamento

Lei n. 6.368/76	Lei n. 10.409/2002
As redes dos serviços de saúde dos Estados, Territórios e Distrito Federal contarão, sempre que necessário e possível, com estabelecimentos próprios para tratamento dos dependentes de substâncias a que se refere a presente Lei (art. 9.º, *caput*).	O tratamento do dependente ou do usuário será feito de forma multiprofissional e, sempre que possível, com a assistência da família (art. 12, § 1.º).

Enquanto não se criarem os estabelecimentos referidos neste artigo, serão adaptados, na rede já existente, unidades para aquela finalidade (art. 9.º, § 1.º). O Ministério da Previdência e Assistência Social providenciará no sentido de que as normas previstas neste artigo e seu § 1.º sejam também observadas pela sua rede de serviços de saúde (art. 9.º, § 2.º). O tratamento, sob regime de internação hospitalar, será obrigatório quando o quadro clínico do dependente ou a natureza de suas manifestações psicopatológicas assim o exigirem (art. 10, *caput*). Quando verificada a desnecessidade de internação, o dependente será submetido a tratamento em regime extra-hospitalar, com a assistência do serviço social competente (art. 10, § 1.º).	

Cuidando-se de dependente que não praticou infração penal, como interná-lo, caso seja essa medida extrema a saída para a sua possível libertação do jugo das drogas? A solução apontada por Vicente Greco Filho estaria na aplicação ao art. 29 do Decreto-Lei n. 891/38. Esse dispositivo dá ao Ministério Público a possibilidade de requerer ao juiz a internação do toxicômano, tal como o faz nos casos de loucura furiosa, devendo provar a *necessidade* do regime de internação. A conclusão da perícia médica, que indicará a melhor forma de tratamento, sem caráter vinculativo, orientará a decisão judicial.

Segundo o disposto no parágrafo único do art. 19 da Lei n. 6.368/76, o réu semi-imputável deverá cumprir a sanção penal que lhe for imposta, ainda que reduzida pelo juiz. Cumpre ressaltar que o atendimento multiprofissional a que faz jus ser-lhe-á ministrado no estabelecimento prisional em que se encontrar. Nos termos do art. 11 da Lei n. 6.368/76:

"Ao dependente que, em razão da prática de qualquer infração penal, for imposta pena privativa de liberdade ou medida de segurança detentiva, será dispensado tratamento em ambulatório interno do sistema penitenciário onde estiver cumprindo a sanção respectiva".

O disposto no artigo acima transcrito é aplicado aos condenados dependentes presos, inclusive aos semi-imputáveis por dependência de drogas. A estes últimos impõe-se, sem possibilidade de conversão em tratamento, a pena privativa de liberdade. Como o Estado tem o dever de submetê-los a tratamento, a solução será oferecê-lo no ambulatório interno do estabelecimento carcerário.

Ao inimputável é obrigatória a absolvição, aplicando-se o tratamento previsto no art. 29 da Lei n. 6.368/76.

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Drogas - Lei n. 6.368/76

Luiz Fernando Vaggione

1. DOS CRIMES E DAS PENAS

As modificações introduzidas pela Lei n. 10.409/2002 não atingiram as infrações penais descritas nos arts. 12 e ss. da Lei n. 6.368/76. A razão da não-revogação dos referidos dispositivos decorre do veto de todas as normas definidas no Capítulo III da nova Lei, que definia os crimes e as penas, pelo Exmo. Sr. Presidente da República.

1.1. Artigo 12

Art. 12 - Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinqüenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1.º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

I - importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta,

traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância que determine dependência física ou psíquica.

§ 2.º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

I - induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecentes ou substância que determine dependência física ou psíquica;

II - utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecentes ou de substância que determine dependência física ou psíquica;

III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de entorpecente ou de substância entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

1.2. Núcleos do Art. 12, *caput*

O *caput* do art. 12 da Lei n. 6.368/76 possui 18 núcleos, a saber:

1.º) *Importar*: é proporcionar o ingresso irregular de substância entorpecente no Brasil. Cuida-se de crime da competência da Justiça Federal, porquanto se trata de tráfico internacional. Consuma-se no momento em que a substância entra no território brasileiro, por via aérea, marítima ou terrestre, indevidamente. Não se aplica o art. 334 do Código Penal (contrabando ou descaminho) em razão do princípio da especialidade. Há incidência da causa de aumento prevista no inciso I do art. 18 da Lei n. 6.368/76 ("tráfico com o exterior").

2.º) *Exportar*: consiste na remessa de substância entorpecente para fora do território nacional por via aérea, marítima ou terrestre. Como enfatiza Vicente Greco Filho, o comportamento típico atende recomendação da Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, que vê no controle das exportações fator decisivo na repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes. Também configura o denominado tráfico internacional, sendo da Justiça Federal a apuração e o julgamento do comportamento em estudo. Incide, também, a causa de aumento prevista no inciso I do art. 18 da Lei n. 6.368/76 ("tráfico com o exterior"). Não se aplica o art. 334 do Código Penal, em decorrência do princípio da especialidade.

3.º) *Remeter*: significa enviar, encaminhar substância entorpecente para alguém, dentro do país, podendo fazê-lo, inclusive, por via postal.

4.º) *Preparar*: consiste em combinar substâncias inócuas, isto é, inaptas para causar dependência física ou psíquica, dando origem a outra que é entorpecente.

5.º) *Produzir*: criar. Exige-se maior capacidade criativa, ultrapassando a mera combinação de substâncias. Citamos, como exemplo, a indústria extrativa.

6.º) *Fabricar*: reserva-se o núcleo quando houver o emprego de meios industriais para a obtenção de substâncias entorpecentes.

7.º) *Adquirir*: obter a posse ou a propriedade da substância entorpecente a título oneroso ou gratuito, normalmente com a contraprestação em dinheiro, com a intenção diversa do uso próprio. Sendo essa a intenção do agente, o enquadramento legal será feito no art. 16 da Lei n. 6.368/76.

8.º) *Vender*: disposição da droga, mediante pagamento em dinheiro ou outro bem que apresente valor econômico.

9.º) *Expor à venda*: exibir para a venda; mostrar a substância entorpecente para interessados na aquisição.

10.º) *Oferecer*: apresentar, ofertar, a substância entorpecente a eventuais compradores.

11.º) *Fornecer, ainda que gratuitamente*: prover, proporcionar, dar. Para parte da doutrina o comportamento exigiria a entrega continuada de substância entorpecente a outrem, diferenciando-se da simples entrega ou venda.

12.º) *Ter em depósito:* para Nelson Hungria ou Magalhães Noronha, ter em depósito é conservar a droga à sua disposição, enquanto o guardar consistiria na retenção da substância em nome de terceiro. Vicente Greco Filho, no entanto, entende que ambos os verbos têm o mesmo significado, ou seja, o de reter. Ter em depósito, para o mencionado professor, "tem um sentido de provisoriedade e mobilidade do depósito, ao passo que o guardar não sugere essas circunstâncias, compreendendo a ocultação pura e simples, permanente ou precária. O último é mais genérico em relação ao primeiro".

13.º) *Transportar:* trata-se do deslocamento da droga com a utilização de um meio de transporte. Difere do núcleo "trazer consigo" porque, nessa ação, a substância entorpecente é deslocada junto ao corpo ou dentro do próprio corpo do agente.

14.º) *Trazer consigo:* modalidade de transporte, na qual a substância entorpecente é conduzida pessoalmente pelo agente, junto ao seu corpo ou inserida dentro dele.

15.º) *Guardar:* conforme já assinalamos na abordagem do núcleo "ter em depósito", há controvérsia sobre o preciso sentido desse comportamento.

16.º) *Prescrever:* trata-se de comportamento que só pode ser praticado por médicos ou dentistas, profissionais autorizados a receitar substâncias entorpecentes. É, portanto, crime próprio (exige qualidade especial do sujeito ativo) e doloso, pois pressupõe que o paciente não necessite da droga para tratamento. Se uma pessoa, que não seja médico ou dentista, falsificar uma receita, entendemos que responderá por auxílio, previsto no inciso I do § 2.° do art. 12. Há modalidade culposa prevista no art. 15 da Lei n. 6.368/76, que se aperfeiçoa com a prescrição em dose evidentemente maior que a necessária, ou seja, receita cuja dosagem da droga exceda, em muito, àquela recomendada pela terapêutica.

17.º) *Ministrar:* introduzir substância entorpecente no organismo alheio por meio de inalação, ingestão ou injeção. Pode ser praticado por qualquer pessoa, mediante pagamento ou gratuitamente.

18.º) *Entregar de qualquer forma a consumo:* é o último dos núcleos, considerada a ordem estabelecida no art. 12, *caput*. O legislador inseriu a fórmula genérica visando evitar que o comportamento que não se amoldasse nos demais núcleos pudesse ficar sem punição.

1.3. Objeto Material do art. 12, *caput*

Trata-se de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. Segundo preceitua o art. 36 da Lei n. 6.368/76, que continua em vigor, tais substâncias devem estar indicadas em lei ou relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde. A Convenção Única sobre Entorpecentes de Nova Iorque, de 1961, contém listas de substâncias consideradas entorpecentes. Entre elas consta, por exemplo, a *Cannabis sativa*. Pois bem, a Convenção Única sobre Entorpecentes de Nova

Iorque integra a legislação brasileira, pois foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 5, de 7.4.1964 e promulgada pelo Decreto n. 54.216, de 27.8.1964. Portanto, pode ser utilizada como complemento das normas penais em branco existentes na Lei n. 6.368/76, caso seja necessário. No que diz respeito à relação das substâncias pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, esclarecemos, desde logo, que tal incumbência foi transferida para a Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária, que foi a responsável pela edição da Portaria n. 344, de 12.5.1998, atualmente em vigor. As atualizações da citada Portaria estão sendo elaboradas pela ANVISA, i. e., pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, órgão do Ministério da Saúde, uma vez que foi extinta a antiga Secretaria. O rol das substâncias é completo e atualizado, de modo que tem sido desnecessário recorrer à Convenção Única de 1961 para a aplicação dos artigos da Lei n. 6.368/76.

1.3.1. Artigo 12, **caput***: norma penal em branco*

Cuida-se de norma penal em branco, pois, como já adiantamos, o seu complemento é encontrado na Portaria n. 344/98 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária e nas convenções internacionais que cuidam das substâncias entorpecentes e assemelhadas.

1.3.2. Alteração da portaria

O Supremo Tribunal Federal, analisando os efeitos da *supressão* do cloreto de etila da relação de substâncias elaborada por órgão do Ministério da Saúde, entendeu que ela alcança os comportamentos anteriormente praticados, operando a extinção da punibilidade dos agentes. O posicionamento é distinto da regra

geral imposta à maioria das normas penais em branco, pois no caso da Lei n. 6.368/76 a alteração atinge o cerne da norma penal, porquanto o cloreto de etila não figura na lista da Portaria n. 344/98 em caráter excepcional ou temporário. Como se sabe, a alteração do complemento não atinge, geralmente, as condutas praticadas na vigência da norma. É o que ocorre com o tabelamento de preço, por exemplo.

Assim, se for excluída uma substância entorpecente das listas da Portaria há retroatividade benéfica, em decorrência de verdadeira *abolitio criminis*.

1.3.3. Cloreto de etila. Componente do lança-perfume. Resolução n. 104 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária

A primeira publicação da Resolução n. 104, ocorrida em 7.12.2000, excluiu o cloreto de etila da lista “F”, da Portaria n. 344/98. A lista “F” relaciona as substâncias de uso proscrito no Brasil. Na mesma oportunidade, a mesma Resolução incluiu o cloreto de etila na lista “D2”, da mesma Portaria, cujo rol contém os insumos químicos para a elaboração de substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas. Tais insumos não são considerados substâncias entorpecentes. Assim, a aludida transferência do cloreto de etila da lista “F” para a lista “D2”, tornou-a substância de uso permitido, todavia, controlada pela Vigilância Sanitária.

Preocupada com os efeitos da alteração, a Resolução n. 104 foi republicada. Nesta republicação, ocorrida em 15.12.2000, o cloreto de etila saiu da lista “D2” (insumos) e entrou na lista “B1” da Portaria n. 344/98, que se refere às substâncias psicotrópicas. Assim, a partir de 15.12.2000, a posse para uso próprio (art. 16) ou qualquer comportamento descrito no art. 12, todos da Lei n. 6.368/76, que envolvam o cloreto de etila, voltaram a ser reprimidos

penalmente. Entre os dias 7 e 14.12.2000, o cloreto de etila não era substância entorpecente e/ou psicotrópica.

Assim, no período compreendido entre os dias 7 e 14.12.2000, tornou-se lícito, porém controlado, o manuseio de cloreto de etila. Tal efeito, por ser benéfico, deve retroagir. Os inquéritos policiais que envolvam a substância deverão ser arquivados (extinção da punibilidade). Se existe processo em andamento será julgado extinto. E, finalmente, se houver condenação será anulada, liberando-se o condenado de todos os seus efeitos.

O quadro a seguir elaborado ilustra as alterações acima aludidas:

Até 6.12.2000	**De 7 a 14.12.2000**	**A partir de 15.12.2000**
Substância entorpecente de uso proibido no Brasil.	Insumo químico para a fabricação de entorpecente. Uso permitido, mas controlado pelo Estado.	Substância psicotrópica.
Lista F da Portaria n. 344/98	Lista D2 da Portaria n. 344/98	Lista B1 da Portaria n. 344/98

***Atenção*:** no julgamento do Recurso Especial n. 299.659-PR, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a primeira publicação da Resolução n. 104, ou seja, a ocorrida no dia 7.12.2000 padecia de vício de forma e, portanto, não teria o condão de propiciar a transferência do

cloreto de etila da Lista F (substâncias entorpecentes de uso proscrito no Brasil) para a lista dos insumos químicos (Lista D2). Segundo o entendimento contido no referido acórdão, a transferência exigia deliberação de órgão colegiado da ANVISA e não ato exclusivo de seu diretor-presidente. Caso esse precedente venha a ser reiterado em novos julgamentos, o cloreto de etila foi transferido, diretamente, da Lista F para a B1, sem integrar a lista dos insumos químicos (Lista D2). Em resumo, tal posicionamento do Superior Tribunal de Justiça rechaça, conseqüentemente, o reconhecimento de *abolitio criminis*. Vejamos a ementa da supracitada decisão:

*"Quanto à substância cloreto de etila, a Resolução RDC 104, tomada isoladamente pelo Diretor-Presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (*DOU *7/12/2000), retirando tal substância da lista F2 (substâncias psicotrópicas de uso proscrito no Brasil), não teve validade até sua republicação, agora por decisão da Diretoria Colegiada daquele órgão (*DOU *15/12/2000) que a recolocou na lista B1 (substâncias psicotrópicas). Destarte, durante esse interregno, não há como reconhecer que houve 'abolitio criminis'* (Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 7/2/2002, v. *Informativo* n. 122)."

1.3.4. Pequena quantidade de substância

Para efeito de caracterização das condutas criminosas deverão ser analisados: a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local, as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como a conduta, os antecedentes e a qualificação do agente. É o que reitera

a Lei n. 10.409/2002, no seu art. 30, praticamente copiando o art. 37 da Lei n. 6.368/76.

Para o Supremo Tribunal Federal, o delito de tráfico de substância entorpecente não se descaracteriza pelo fato de a polícia haver apreendido pequena quantidade de tóxico em poder do réu.

Aliás, é bom ressaltar, desde logo, que a pequena quantidade não elide a responsabilidade penal nem mesmo em relação aos comportamentos previstos no art. 16, desde que, na porção apreendida, tenha sido constatada pericialmente a presença do princípio ativo da substância entorpecente.

Nesse sentido:

"Considerando que a pequena quantidade de substância entorpecente apreendida não descaracteriza o crime de posse, a Turma indeferiu habeas corpus *impetrado em favor de soldado do exército denunciado pelo art. 290 do CPM – tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar , por ter, sob sua guarda, 3,4 gramas de maconha, em lugar sujeito à administração militar, no qual se alegava a falta de justa causa para a ação penal sob o fundamento do princípio da insignificância"* (HC n. 81.735-PR, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 26.3.2002).

1.4. Qualificação Doutrinária do Artigo 12

Trata-se de crime de perigo e de mera conduta.

O tipo é misto alternativo, de conteúdo múltiplo ou variado. É alternativo porque no art. 12, *caput*, há 18 núcleos. Basta um só dos comportamentos tipificados para a configuração do delito.

Havendo a prática de comportamentos num mesmo contexto fático, aplica-se o princípio da alternatividade. Como conseqüência, deverá ser reconhecido um único crime. Assim, se o indivíduo importa, transporta, oferece e vende uma determinada quantidade de cocaína, por exemplo, cometerá uma única infração ao art. 12, *caput*. A conduta é única. Tomado o mesmo exemplo, se o agente faz ingressar no território nacional, em dias distintos, porções de cocaína, há vários crimes, que poderão ser unificados pela continuidade desde que estejam presentes os requisitos legais. Conseqüentemente, se os comportamentos se mostrarem distintos entre si, isto é, se forem cometidos em contextos fáticos diversos, haverá vários crimes.

1.5. Objetividade Jurídica

A objetividade jurídica principal ou imediata é a incolumidade pública, sob o particular aspecto da saúde pública.

Objetividade jurídica secundária ou mediata é a vida, a saúde e a família.

1.6. Sujeito Ativo

O sujeito ativo do crime em estudo é qualquer pessoa. O crime, nesse aspecto, é comum.

Exceção: o comportamento de prescrever exige a qualidade de médico ou dentista para sua prática. Logo, nessa hipótese, o crime é próprio.

1.7. Sujeito Passivo

O sujeito passivo principal é a sociedade.

Sujeito passivo secundário são as pessoas que recebem a droga para consumi-la, desde que essa conduta não tipifique o art. 16.

Criança ou adolescente como sujeito passivo. O art. 243 do ECA (Lei n. 8.069/90) tem como objeto material os "produtos" que possam causar dependência física ou psíquica. Essas substâncias não são entorpecentes para os fins da Lei n. 6.368/76. É o que ocorre com a cola de sapateiro, que acarreta inúmeros malefícios às crianças e aos adolescentes. A cola de sapateiro contém um solvente, o tolueno, responsável pelos efeitos físicos e/ou psíquicos provenientes do produto. O tolueno não é uma substância entorpecente, frise-se, tal como a concebe a Lei n. 6.368/76, no seu art. 36. Assim, no caso do supracitado produto, aplicaremos o art. 243 do ECA. Entretanto, se for realizada a venda de substância entorpecente (*Cannabis sativa*, cocaína, *crack* etc.) para crianças ou adolescentes, aplicaremos o art. 12, *caput*, combinado com a causa de aumento prevista no art. 18, inc. III, ambos da Lei n. 6.368/76.

1.8. Elemento Normativo

Consiste na expressão "sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar".

1.9. Consumação e Tentativa

Há consumação com o cometimento do comportamento típico, independentemente da produção de qualquer resultado. Se vários forem os

comportamentos praticados, a consumação ocorrerá com o cometimento do primeiro deles. Entre os núcleos do tipo existem aqueles que dão ensejo a crimes instantâneos, ou seja, a consumação ocorre num determinado instante, sem continuidade temporal, como ensina o Professor Damásio de Jesus. É o que ocorre, por exemplo, com o comportamento "importar", no qual a consumação se verifica no momento em que a substância entorpecente transpõe a fronteira brasileira. No caso do núcleo "preparar", a consumação ocorrerá no instante em que, da composição de duas ou mais substâncias, surgir outra que é entorpecente. Sendo a hipótese de venda, a consumação dar-se-á com o recebimento do preço ou de outro bem que tenha valor econômico. Na aquisição, por sua vez, a consumação ocorre com o recebimento da substância entorpecente.

Outros núcleos do tipo ensejam crimes permanentes. Esses delitos têm a consumação prolongada no tempo. São, na lição do Professor Damásio de Jesus, crimes nos quais a consumação pode cessar por vontade do agente. Assim, como exemplo, citamos as condutas: *guardar, ter em depósito, trazer consigo*. Nos crimes permanentes, a prisão em flagrante poderá ocorrer em qualquer momento, nos termos do art. 303 do Código de Processo Penal.

No que concerne à tentativa, como adverte Vicente Greco Filho, ela não está nem lógica nem juridicamente excluída. Acrescentamos que, mesmo na hipótese de crimes permanentes, a tentativa é viável, *desde que tenha a sua fase inicial comissiva*. O crime permanente apresenta duas fases: a primeira corresponde à prática do comportamento descrito na lei, de natureza comissiva ou omissiva e, a segunda fase, de manutenção do estado danoso ou perigoso, de caráter omissivo ou, excepcionalmente, comissivo.

Malgrado haja possibilidade da forma tentada no caso do art. 12, *caput*, sua configuração na prática é difícil, ante a quantidade de núcleos propositalmente inserida no citado artigo. Cuidando-se de um crime de ação

múltipla ou de conteúdo variado, a tentativa de um comportamento ensejará, via de regra, outro já consumado previamente. Desse modo, responderá o agente pelo crime consumado, sendo absorvida a tentativa subseqüente.

1.10. Flagrante Preparado e Esperado

São hipóteses distintas. O flagrante preparado, no direito brasileiro, dá ensejo ao denominado "crime putativo por obra de agente provocador" ou "crime de ensaio". O cometimento da infração penal é provocado por outrem. No âmbito da Lei em estudo, suponha que policiais apresentem-se como usuários e, assim, provoquem a venda de substância entorpecente. A venda não poderá ser imputada ao traficante. Os comportamentos típicos anteriores, não provocados pela encenação protagonizada pelos policiais, serão, entretanto, atribuídos. É o caso, por exemplo, da aquisição, ocultação, guarda ou depósito, transporte ou trazer consigo, todos comportamentos anteriores consumados no momento da venda provocada.

O flagrante esperado não se confunde com o preparado. Naquele não há provocação. Simplesmente aguarda-se a prática do delito para surpreender o criminoso em flagrante.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, a infiltração de agente policial, simulando participar de operação de tráfico internacional, com a finalidade de manter a polícia informada sobre atividades do grupo, não atrai a incidência da Súmula n. 145 do Supremo Tribunal Federal.

Súmula n. 145 do Supremo Tribunal Federal: "Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação".

2. FIGURAS ASSEMELHADAS

As figuras assemelhadas são subsidiárias em relação ao *caput* do art. 12 da Lei n. 6.368/76.

2.1. Artigo 12, § 1.º, inciso I

Também é crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, pois conta com 14 núcleos. Para conhecê-los, toma-se os 18 núcleos vistos quando do estudo do *caput* do art. 12, suprimindo os quatros seguintes: *preparar, prescrever, ministrar e entregar de qualquer forma a consumo.*

O objeto material já não é mais substância entorpecente, mas sim matéria-prima.

Matéria-prima é a substância da qual ou com a qual podem ser produzidas substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, como, por exemplo, a acetona e o éter. Lembramos que a Portaria n. 344/98 contém, na lista "D2", um rol de insumos químicos utilizados como precursores para a fabricação e síntese de entorpecentes e/ou psicotrópicos. Nesse rol estão a acetona, o ácido clorídrico, o ácido sulfúrico, o anidrido acético, o cloreto de metileno, o clorofórmio, o éter etílico, o metil etil cetona, o permanganato de potássio, o sulfato de sódio e o tolueno.

O crime se consuma com a prática dos comportamentos típicos, independentemente da efetiva preparação de substância entorpecente. Com relação à tentativa, reiteramos as explicações apresentadas quando do estudo do *caput* do art. 12.

O elemento subjetivo é o dolo, acrescentando-se que o agente deve ter ciência de que a substância envolvida em seu comportamento tem condições de ser utilizada para a preparação de entorpecentes (STF, RECrim n. 108.726).

Só há crime se o comportamento típico for praticado indevidamente.

2.2. Artigo 12, § 1.º, inciso II

São três os núcleos: *semear*, *cultivar* e *colher*. *Semear* é lançar as sementes no solo (crime instantâneo, i.e., a consumação se dá num determinado instante, sem prolongar-se no tempo). *Cultivar*, crime permanente (causa um dano ou um perigo que se prolonga no tempo, que pode ser cessado por vontade do agente), consiste em manter a plantação. *Colher*, por sua vez, é retirar a planta da terra.

Também é crime de ação múltipla, de modo que, se os três comportamentos forem praticados pelo agente, num mesmo contexto fático, teremos um crime único.

Há controvérsia sobre a tipificação do portar sementes de *Cannabis sativa* ("maconha"). É sabido que da semente não se extrai o entorpecente, mas sim da planta germinada da semente. Portanto, o fumo da maconha é preparado com as folhas e flores da planta. Assim, a posse indevida de sementes de maconha, desde que reconhecidas pericialmente, configura, para nós, tentativa da conduta "semear" (ver *JUTACrimSP* 44/204). Há, no entanto, na jurisprudência, orientação no sentido da atipicidade do comportamento ora enfocado.

Outra questão a ser abordada diz respeito ao "plantio para uso próprio". Há dificuldade no enquadramento e, portanto, três correntes surgiram:

1.ª) É enquadrado no inciso II do § 1.º do art. 12, não importando que o comportamento típico tenha sido realizado para uso próprio.

2.ª) Utiliza-se o art. 16, aplicando-se analogia *in bonam partem.* Minimizam-se, assim, as conseqüências severas ensejadas pelo *caput* do art. 12, que seria o adequado tecnicamente à hipótese. A lei não distingue se o plantio é realizado para consumo próprio, de terceiros ou para comércio. Essa segunda posição jurisprudencial é a predominante.

3.ª) O comportamento é atípico. Não seria possível enquadrar no inciso II ora estudado, porque se trata de plantio para uso próprio. Não se poderia enquadrar também no art. 16, porque nele não encontramos os verbos semear, cultivar e plantar. O juiz não poderia lançar mão de analogia para tipificar penalmente um comportamento. Segundo o Professor Damásio de Jesus, que adota a terceira posição, há, na verdade, na segunda posição, o emprego de analogia *in malam partem.*

Lembramos, finalmente, que a Lei n. 8.257/91 regulamentou a expropriação de glebas destinadas a culturas ilegais de plantas psicotrópicas, sem qualquer indenização ao proprietário. As glebas expropriadas serão destinadas ao assentamento de colonos para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos (ver art. 243 da CF).

2.3. Artigo 12, § 2.º, inciso I

O inciso I contém três núcleos: *induzir, instigar* e *auxiliar*. *Induzir* é introduzir a idéia. *Instigar* é reforçar a intenção de uso de substância entorpecente. Quanto ao *auxílio*, trata-se da ajuda concreta (material) ao usuário, oferecendo-lhe condições para o uso de substâncias entorpecentes,

excluindo-se, obviamente, a conduta de fornecer ou vender tais substâncias, que ensejariam o enquadramento no *caput* do art. 12. A cessão de local para o uso das supracitadas substâncias permitirá o enquadramento no inciso II do § 2.° do art. 12. São exemplos de auxílio, para fins de subsunção da conduta, no inciso I ora estudado: levar o usuário à "boca-de-fumo"; fornecer-lhe dinheiro para a aquisição do entorpecente; fornecer-lhe objetos para o consumo da substância, tais como os cachimbos ("maricas"), entre outros.

Os comportamentos devem ser dirigidos a pessoa certa, porque o tipo traz a expressão "alguém".

O uso é necessário para a consumação da infração. Exigindo-se pessoa certa, não é possível enquadrar aquele que se exponha vestindo camiseta com expressões do gênero "use maconha".

2.4. Artigo 12, § 2.º, inciso II

O inciso II preceitua o seguinte comportamento:

§ 2.° Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

II – Utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

Como o tipo deixa claro, não é necessário que o autor seja o proprietário do local fechado ou aberto, como ensina o Professor Damásio de Jesus. São exemplos desses locais: casas, apartamentos, cafés, bares, hotéis, motéis, veículos automotores etc. O local, segundo Vicente Greco Filho, não pode ser

público de uso comum, mas sim o local que pode ser aberto ao público. O local privado, como vimos, também admite a tipificação (móvel ou imóvel).

Não é possível, entretanto, pretender punir aquele que utiliza a própria casa para o *uso próprio* de substância entorpecente com base no inciso II ora enfocado.

Parece-nos, evidente, no entanto, que se exija do autor o conhecimento de o local prestar-se ao uso ou ao tráfico ilícitos de substâncias entorpecentes.

Consuma-se o crime com o uso de local para os fins ilícitos previstos no inciso. Não se exige habitualidade ou fim de lucro.

2.5. Artigo 12, § 2.º, inciso III

O inciso III do § 2.º assemelha-se ao inciso I. Entretanto, sua construção típica adotou uma fórmula vaga e imprecisa, porquanto tratou de uma contribuição genérica, "de qualquer forma", que se destine ao incentivo ou à difusão do uso indevido de substâncias entorpecentes ou de tráfico de tais substâncias.

A figura típica, devido à sua amplitude, preocupa. Deve-se, assim, estabelecer a eficácia da conduta para a produção dos males que a norma pretende evitar, i. e., o incentivo ou a difusão do uso indevido ou o tráfico ilícito de entorpecentes. Lembre-se o exemplo citado por Menna Barreto: pessoas que, nas praias do Rio de Janeiro, utilizam-se de apitos para alertar os usuários de entorpecentes sobre a aproximação da polícia.

Exige-se para a consumação do crime, o efetivo uso ou tráfico. Sustenta-se, ainda, que o uso e o tráfico devem estar abrangidos no dolo do agente.

Não é correto exigir-se que o comportamento dirija-se a uma pessoa ou a um grupo determinado de indivíduos. Entretanto, deve-se evitar o enquadramento daquele que veste uma camiseta com os dizeres “fume maconha”, por inidoneidade do comportamento para ensejar o uso ou o tráfico ilícitos.

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Drogas

Leis n. 6.368/76 e n. 10.409/2002

Luiz Fernando Vaggione

1. ARTIGO 13

"Fabricar, adquirir, vender, fornecer ainda que gratuitamente, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*:*

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinqüenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa".

Trata-se, à semelhança do artigo antecedente (artigo 12), de um crime de conteúdo múltiplo ou variável. Seu tipo é misto alternativo. Aplicando-se, portanto, o princípio da alternatividade, haverá crime único se uma ou mais condutas forem cometidas em um mesmo contexto fático.

O crime definido no artigo 13 visa reprimir a instalação e o funcionamento de laboratórios clandestinos destinados à fabricação, preparação, produção ou transformação de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica. A infração se consuma com a prática do comportamento típico, independentemente, pois, da efetiva

fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente. A tentativa é viável tecnicamente; todavia, de difícil configuração prática.

O objeto material do delito será qualquer objeto, apto a ser destinado aos fins indicados no tipo. Poderá ser uma estufa, um destilador etc. Será o exame do conjunto probatório e a perícia que darão às autoridades os elementos necessários à tipicidade do comportamento.

2. ARTIGO 14

"Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos artigos 12 ou 13 desta Lei:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez)[1] anos, e pagamento de 50 (cinqüenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa".

O crime é de concurso necessário (plurissubjetivo) e especial em relação ao artigo 288 do Código Penal, crime de quadrilha ou bando. O artigo 14 exige um número mínimo de agentes, ou seja, duas pessoas. Os inimputáveis podem ser considerados no cômputo. O crime só se configura com o vínculo associativo para a prática dos crimes definidos nos artigos 12 e 13 da Lei e com a predisposição de todos para o cometimento de um número indeterminado de delitos.

[1] A pena máxima, cominada em abstrato, foi alterada pelo artigo 8.º, *caput*, da Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). Veja a explicação no presente Módulo.

Segundo Vicente Greco Filho, a expressão "reiteradamente ou não", inserida no tipo, não pode levar o aplicador do Direito a admitir o delito de associação independentemente da permanência ou estabilidade.

Há consumação com a simples associação (crime formal ou de consumação antecipada), independentemente da concretização das infrações penais visadas. No caso do cometimento dos crimes visados, haverá concurso material (Supremo Tribunal Federal). A tentativa é inadmissível. Não incide sobre o artigo 14 a causa de aumento prevista no artigo 18, inciso III, 1.ª parte ("... se qualquer deles decorrer de associação ..."), para evitar *bis in idem.* Tal aumento se aplicará ao mero concurso de pessoas.

A Lei n. 8.072/90 revogou o artigo 14 da Lei n. 6.368/76?

A 2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu que houve simples derrogação do artigo 14, cujo preceito primário permanece em vigor, inalterado. As penas, no entanto, foram alteradas. Desde a entrada em vigor da Lei n. 8.072/90, deve ser cominada a sanção prevista no artigo 8.° da supracitada lei, por ser mais benéfica ao agente. Ou seja, ao crime previsto no artigo 14 da Lei Antitóxicos será cominada a pena de reclusão de 3 (três) a 6 (seis) anos. A multa não foi prevista no artigo 8.°, de modo que não será imposta ao condenado. A alteração, por ser benéfica, retroage às condenações, ainda que definitivamente julgadas.

A causa de diminuição de pena (traição benéfica), definida no parágrafo único do artigo 8.° da Lei n. 8.072/90, aplica-se à associação criminosa, por analogia.

3. ARTIGO 15

"Prescrever ou ministrar, culposamente, o médico, dentista, farmacêutico ou profissional de enfermagem substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, em dose evidentemente maior que a necessária ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 30 (trinta) a 100 (cem) dias-multa".

Cuida-se de crime culposo. Quanto ao sujeito ativo, temos que o crime é próprio. Só podem cometê-lo, na modalidade prescrever, médico ou dentista. Quanto à conduta ministrar, podem realizá-la, ainda, o farmacêutico e o pessoal de enfermagem.

Consuma-se com a entrega da receita ou com a prescrição oral ao paciente. Consuma-se na ação ministrar, com a efetiva introdução da substância entorpecente no corpo de outrem. A tentativa é inadmissível, porquanto se trata de crime culposo.

Atenção! O crime só se configura com o prescrever ou o ministrar de dose *evidentemente maior que a necessária.* A disparidade deve ser gritante. Vê-se que a infração pressupõe que o paciente necessite da droga para seu tratamento. Nas condutas dolosas, aplica-se o artigo 12, *caput*. A prescrição *em*

desacordo com determinação legal ou regulamentar é denominada *prescrição irregular*.

Admite-se a substituição de pena privativa por alternativa, nos moldes previstos no Código Penal.

4. ARTIGO 16

"Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinqüenta) dias-multa".

A objetividade jurídica é a saúde pública.

A razão da punição daquele que traz consigo, adquire ou guarda para uso próprio, é a ameaça que seu comportamento representa para a sociedade.

Os núcleos do tipo são adquirir, guardar e trazer consigo. As condutas exigem o uso próprio como finalidade exclusiva do agente. Essa finalidade distingue o artigo 16 do artigo 12 da Lei n. 6.368/76, porquanto este contém, no seu preceito primário, os mesmos três núcleos acima mencionados.

Frisa-se que *usar* substância entorpecente ou psicotrópica deve ser considerado comportamento atípico. Além do citado verbo (núcleo do tipo) não constar na redação do artigo 16, há a ausência de prova da materialidade da infração em razão da não apreensão da substância consumida pelo usuário. Para a configuração do artigo 16 é imprescindível a apreensão da droga que causa dependência e o seu exame, para verificar a presença do princípio ativo da substância.

4.1. Fornecimento de pequena quantidade para uso comum

Admite-se que o fornecimento de pequena quantidade de substância entorpecente, destinada ao uso comum, desde que se trate de fato ocasional que envolva pessoas do convívio do agente, possa ser enquadrado no artigo 16, aplicando-se analogia *in bonam partem*. Evitam-se, assim, as graves conseqüências penais oriundas de uma condenação no artigo 12 da Lei, desproporcionais à gravidade do comportamento do agente. Não há, contudo, entendimento pacífico a respeito. Para parte da doutrina e da jurisprudência, o enquadramento será feito no artigo 12, dado que houve fornecimento da substância para terceiros.

4.2. Plantio para uso próprio

Convém lembrar, ainda, que a conduta de plantar para uso próprio também poderá ser enquadrada no artigo 16, pelo mesmo motivo exposto anteriormente, aplicando-se analogia em favor do réu. Há outras duas posições a respeito:

1.ª) enquadramento no artigo 12, posto que a Lei não distingue a plantação em escala comercial daquela realizada para consumo próprio;

2.ª) o fato é atípico, porquanto não está descrito no artigo 12 ou no artigo 16. Não se enquadra no artigo 12, § 1.º, inciso II, porque é nítida a intenção do legislador de punir grandes plantadores, bastando, para tanto, ressaltar que a pena imposta ao "plantio" é idêntica àquela definida para o *caput* do artigo 12. A conduta também não se subsume no artigo 16 porque não há no tipo os núcleos semear, cultivar e colher. Para essa orientação, a tipificação do *plantio para uso próprio* no artigo 16 constitui aplicação de analogia *in malam partem*, ou seja, prejudicial ao acusado.

4.3. Pequena quantidade de droga apreendida

É irrelevante a quantidade de droga portada pelo agente (crime de perigo), desde que, levada à perícia químico-toxicológica, seja constatada a presença do princípio ativo da substância.

A pequena quantidade não afasta, por si só, a eventual configuração do tráfico. Faz-se necessário o exame do conjunto probatório à luz dos parâmetros indicados, exemplificativamente, no artigo 30 da Lei n. 10.409/2002, a saber:

- quantidade e natureza da substância apreendida;
- local e condições em que se desenvolveu a ação criminosa;
- circunstâncias da prisão;
- conduta, qualificação e antecedentes do agente.

4.4. Consumação

A consumação do artigo 16 ocorre com a prática do comportamento típico, independentemente da produção de qualquer resultado. Na modalidade adquirir, a tentativa é possível.

4.5. Ação penal e procedimento

A ação penal é pública incondicionada.

Quanto ao rito, a entrada em vigor da Lei n. 10.409/2002 gerou um quadro de incertezas. Explica-se: na doutrina sustenta-se, majoritariamente, que o procedimento a ser adotado para a apuração dos crimes previstos na Lei n. 6.368/76 é aquele disciplinado nos artigos 27 e seguintes da nova lei, adotando-se alguns dispositivos da Lei n. 6.368/76 para suprir lacunas. Há outra orientação que, baseada na redação do artigo 27 – "O procedimento relativo aos processos por crimes definidos *nesta Lei* rege-se pelo disposto neste Capítulo ..." –, sustenta a não-observância do novo procedimento, porquanto como não há infrações penais previstas na Lei n. 10.409/2002, não há que se falar em aplicar o respectivo procedimento, nos termos do disposto no artigo 27 supracitado. O argumento, segundo nosso entendimento, é frágil. Diante da permanência do procedimento, mesmo após o veto de grande número de dispositivos pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, é certa a intenção de vê-lo aplicado, não obstante as dificuldades práticas que existem na sua implantação. Espera-se que a jurisprudência indique aos operadores do Direito a tendência predominante, pondo fim ao quadro de incertezas ora reinante. Ressalta-se, no entanto, que o novo procedimento é mais amplo, dando maior possibilidade de defesa ao acusado. O tema será retomado no Módulo IV.

Seja qual for o procedimento adotado, por ser especial em relação ao existente no Código de Processo Penal (artigo 539), e pelo fato da pena máxima cominada no artigo 16 ser de dois anos de detenção, está afastada a incidência da Lei dos Juizados Especiais Criminais, ou seja, da Lei n. 9.099/95. Quanto aos Juizados Especiais Criminais há observação a fazer. Com a entrada em vigor da Lei n. 10.259/2001, que instituiu e definiu os Juizados Especiais Criminais Federais, parcela considerável dos Promotores de Justiça e Juízes Criminais do Fórum Central da Capital de São Paulo passou a considerar o artigo 16 como uma infração de pequeno potencial ofensivo. Essa conduta baseia-se na incidência da Lei dos Juizados Federais no âmbito estadual, possibilitando que infrações, com pena máxima abstrata não superior a dois anos, independentemente da existência de procedimento especial para apurá-las, possam ser consideradas de pequeno potencial ofensivo. Convém ressaltar, no entanto, que a orientação da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, bem como da Polícia Civil, opõe-se à aplicação da Lei n. 10.259/2001 nos Juizados Especiais Criminais Estaduais.

4.6. Penas Alternativas

Superados os temas anteriormente abordados, na hipótese de condenação é viável e conveniente a substituição da pena privativa de liberdade por sanção alternativa. Deve-se, no entanto, evitar a substituição da pena privativa de liberdade por multa, considerando a existência da Súmula n. 171 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual é vedada a aludida substituição quando houver, no preceito secundário da norma, a aplicação cumulativa de pena privativa e pecuniária. Lembre-se que o § 2.° do artigo 60 do Código Penal foi derrogado pelo § 2.° do artigo 44 do Código Penal.

Na impossibilidade de aplicação de pena alternativa, admite-se a suspensão condicional da pena.

A pena de multa, fixada em 20 a 50 dias-multa, deverá ser calculada na forma do artigo 38 da Lei.

MÓDULO IV

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL
Drogas

Leis n. 6.368/76 e n. 10.409/2002

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Drogas

Leis n. 6.368/76 e n. 10.409/2002

Luiz Fernando Vaggione

1. ARTIGO 17 - VIOLAÇÃO DE SEGREDO

“Violar de qualquer forma o sigilo de que trata o art. 26 desta Lei:

Pena – detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) meses, ou pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinqüenta) dias-multa, sem prejuízo das sanções administrativas a que estiver sujeito o infrator”.

O crime ora estudado é próprio, porquanto só pode ser praticado por funcionário público, desde que tenha tomado conhecimento do objeto do sigilo em razão da função. Essa qualificação doutrinária sustenta-se na parte final do preceito secundário da norma, na qual está ressalvada a aplicação das sanções administrativas ao infrator. É uma norma especial em relação ao artigo 325 do Código Penal (violação de sigilo funcional). O artigo 17 tipifica penalmente o sigilo estabelecido no artigo 26 da Lei n. 6.368/76:

"Artigo 26 – Os registros, documentos ou peças de informação, bem como os autos de prisão em flagrante e os de inquérito policial para apuração dos crimes definidos nesta Lei serão mantidos sob sigilo, ressalvadas, para efeito exclusivo de atuação profissional, as prerrogativas do juiz, do Ministério Público, da autoridade policial e do advogado na forma da legislação específica".

O crime definido no artigo 17 consuma-se com a divulgação do fato protegido pelo sigilo, não se exigindo a ocorrência de dano.

Embora a pena privativa não supere um ano, a existência de procedimento especial afasta a competência do Juizado Especial Criminal (artigo 61 da Lei n. 9.099/95). Registra-se a corrente doutrinária que sustenta a aplicação da Lei 10.259/2001 – Lei dos Juizados Especiais Criminais Federais – no âmbito da Justiça Estadual Comum. Nessa hipótese, o artigo 17 também passaria a ser considerado infração de pequeno potencial ofensivo, posto que a nova Lei dos Juizados Criminais aumentou o limite da pena máxima para dois anos e não faz ressalva à existência de procedimento especial para a apuração e julgamento do delito. Como já foi por nós mencionado, quando do estudo do artigo 16, o Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo recomendou aos integrantes da Instituição, por meio do Aviso n. 74/02, de 06/02/2002, a não incidência da Lei dos Juizados Federais Criminais no âmbito estadual.

É viável a suspensão condicional do processo, isto é, o *sursis processual*.

2. ARTIGO 18 - CAUSAS DE AUMENTO DE PENA

Nas hipóteses taxativamente previstas no artigo 18, incidirá um aumento de 1/3 a 2/3. Referido incremento de pena refere-se exclusivamente aos crimes previstos nos artigos 12, 13 e 14 da Lei n. 6.368/76.

As hipóteses previstas no incisos I do artigo 18 só são aplicáveis na Justiça Federal, porque inseridas na competência dessa Justiça: tráfico internacional e extraterritorialidade da lei penal.

No caso do inciso II, o legislador levou em consideração a função ou a atividade desempenhada pelo agente. Trata-se de duas situações:

- *agente que se prevalece de função pública relacionada com a repressão à criminalidade para a prática do tráfico de drogas;*
- *agente que, mesmo não desempenhando função pública, tenha a missão de guarda ou vigilância de drogas que possam causar dependência.*

O inciso III, por sua vez, contém duas causas de aumento. São elas:

- *crime decorrente de associação*. Essa causa de aumento não incide sobre o artigo 14, para evitar *bis in idem* em matéria penal. Recai, no entanto, nos casos de mero concurso de pessoas;
- *cometimento de crime visando a menor de 21 anos ou a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou a de autodeterminação.*

No caso do inciso IV, o local da prática do crime é fundamento para a maior severidade na punição. Lembramos, por exemplo, a prática do tráfico de entorpecentes nas proximidades ou no interior de estabelecimentos de ensino, penitenciários, ou de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza.

3. ARTIGO 19 – INIMPUTABILIDADE OU SEMI-IMPUTABILIDADE

Aplica-se o disposto no artigo 19 qualquer que seja a infração penal cometida, isto é, prevista ou não na Lei n. 6.368/76. Se, ao tempo da ação ou omissão, em razão de dependência químico-toxicológica ou em função de efeito de substância entorpecente proveniente de caso fortuito ou força maior, não tinha o agente a capacidade de entender o caráter criminoso do fato, tampouco de determinar-se de acordo com esse entendimento, será absolvido. Sendo a causa da inimputabilidade a dependência, será imposto ao réu um tratamento (artigo 29 da Lei n. 6.368/76).

Cuidando-se de semi-imputabilidade, o réu será condenado. Sua pena poderá ser reduzida de 1/3 a 2/3, nos termos do parágrafo único do artigo em estudo. A pena privativa de liberdade não poderá ser convertida em tratamento, tal como ocorre no Código Penal. Caso o condenado necessite de tratamento, esse lhe será dado no estabelecimento penitenciário, aplicando-se o artigo 11 da Lei supracitada.

O juiz é obrigado a indagar ao réu, no momento do interrogatório, acerca da dependência, depois de esclarecê-lo sobre as conseqüências da resposta.

4. CRIMES PREVISTOS NA LEI N. 6.368/76

4.1. Procedimento

Há, atualmente, controvérsia sobre qual o procedimento aplicável aos crimes definidos na Lei n. 6.368/76. A divergência decorre da entrada em vigor da Lei n. 10.409/2002. Nela, nos artigos 27 e seguintes, está disciplinado um novo rito, muito mais amplo e, conseqüentemente, mais benéfico ao acusado. Daí porque sustentamos que ele deve ser aplicado para evitar eventual nulidade do processo *ab initio*, caso a jurisprudência venha a consagrá-lo.

A doutrina sustenta, majoritariamente, que o procedimento a ser adotado em relação aos crimes da supracitada Lei Antitóxicos deva ser o definido na Lei n. 10.409/2002. Alguns dispositivos da Lei n. 6.368/76 continuarão a ser aplicados para suprir omissões, lacunas existentes na nova Lei. É o que ocorre, por exemplo, com o tema da responsabilidade do agente face à eventual dependência química ou em razão de efeito de droga que causa dependência física ou psíquica, desde que decorrente de caso fortuito ou força maior. É também omissa a Lei n. 10.409/2002 sobre o questionamento ao réu sobre a aludida dependência no ato do interrogatório, momento propício para a determinação de instauração do respectivo incidente.

Há, no entanto, orientação diversa quanto ao procedimento a ser seguido. Sustenta-se que a redação do artigo 27 da Lei n. 10.409/2002 impede a aplicação do novo procedimento. O artigo 27 dispõe: "O procedimento relativo aos processos **por crimes definidos nesta Lei** rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal" (o negrito é nosso). O

argumento é simples: Como não há crimes previstos na Lei n. 10.409/2002, porquanto foram todos vetados pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, não há como se aplicar o novo procedimento a eles relativo. O argumento, com a devida vênia, é frágil. O veto de grande parte dos dispositivos da nova Lei Antitóxicos, com a preservação daqueles referentes ao procedimento, está a demonstrar a nítida intenção de vê-los aplicados.

Recente pesquisa realizada com os juízes criminais do Fórum Central da Capital de São Paulo, por nós coordenada, indicou que, dos 57 magistrados entrevistados no período de abril e maio de 2002:

- *33 juízes não estão aplicando o novo procedimento*. Logo, adotam o rito disciplinado na Lei n. 6.368/76. O fundamento do posicionamento reside na redação do artigo 27 da Lei n. 10.409/2002.

- *14 magistrados observam o procedimento da lei nova.*

- *Os demais, num total de 10 juízes, ou estão*: estudando a questão (cinco), ou recusaram-se a responder a pesquisa (quatro), ou estão aplicando só parte do novo procedimento (Capítulo V). Registro que apenas um magistrado está aplicando exclusivamente o Capítulo V da Lei n. 10.409/2002 (artigos 37 a 45).

O resultado da pesquisa serviu, em primeiro lugar, para demonstrar a diversidade de opções adotadas pelos juízes, o que gera, inevitavelmente, insegurança para as partes. Por outro lado, a pesquisa afastou a impressão inicial de que o novo procedimento não estaria sendo adotado pelos magistrados e promotores de justiça.

Diante dessa situação instável, decidimos manter a abordagem do procedimento previsto na Lei n. 6.368/76. Por essa mesma razão abordaremos as principais novidades trazidas pela Lei n. 10.409/2002. Ressaltamos, mais uma vez, que a adoção do procedimento da lei nova é mais amplo, portanto oferece maior possibilidade de defesa. Basta salientarmos a defesa preliminar introduzida antes da decisão de recebimento ou rejeição da denúncia (artigo 38, *caput*).

O procedimento previsto na Lei n. 6.368/76 é célere e concentrado, tendo sido disciplinado em seus artigos 20 e seguintes. O procedimento é o mesmo para os crimes punidos com reclusão ou detenção, aplicando-se subsidiariamente o Código Penal e o Código de Processo Penal. Havendo conexão entre crime previsto na citada Lei Antitóxicos com outra infração penal, aplica-se o procedimento mais amplo, ou seja, aquele que ensejar maior amplitude de defesa. Nem sempre corresponderá àquele previsto para a infração mais grave. Nos casos de competência da Justiça Federal, não havendo na comarca sede de vara federal, aplica-se o artigo 27. Conseqüentemente, o processo tramitará na Justiça Comum Estadual até a sentença.

4.1.1. Resumo do procedimento:

- *Inquérito policial*: se o indiciado estiver preso o prazo para remessa ao Poder Judiciário é de cinco dias. Na hipótese de liberdade, o prazo é de trinta dias, podendo ser prorrogado (§ 1.° do artigo 21).
- *Denúncia*: oferecimento no prazo de três dias, independentemente de o acusado estar preso ou solto. O artigo 22, § 1.º permite que a denúncia seja embasada com o laudo de constatação de substância entorpecente.

Porém, para o debate entre as partes e, evidentemente, para a sentença é necessário o laudo de exame químico-toxicológico. Cinco é o número máximo de testemunhas.

- *Recebimento ou rejeição da denúncia*: 24h. O juiz não pode desclassificar o crime no momento do recebimento da denúncia. Tal situação equivale à rejeição da peça acusatória, ensejando a interposição de recurso em sentido estrito.

- *Citação em 24h:* no caso de citação ficta, o prazo do edital é de cinco dias. Aplica-se o artigo 366 do Código de Processo Penal – suspensão do processo e da prescrição – nas hipóteses legais.

- *Interrogatório*: cinco dias após o recebimento da denúncia. Além das perguntas previstas no artigo 188 do Código de Processo Penal, deverá o juiz indagar sobre eventual dependência, explicando ao réu as conseqüências de sua resposta. A afirmação do réu não obriga o juiz a instaurar o incidente, caso não estejam presentes os elementos indicadores da dependência. A infração penal imputada é irrelevante: a indagação sobre a dependência será sempre necessária, mesmo que se trate de traficante.

- *Defesa prévia*: três dias após o interrogatório, oportunidade em que o defensor poderá arrolar até 5 testemunhas.

- *Despacho saneador*: 48h da defesa prévia. O despacho saneador tem tríplice finalidade: a) sanar vícios de forma; b) determinar o que for necessário para a realização da audiência de instrução e julgamento, tal como, a intimação das partes, a juntada do laudo químico-toxicológico, notificação para as testemunhas etc.

- *Audiência de instrução e julgamento.* A Lei n. 6.368/76 determina a designação da audiência no prazo de oito dias do despacho saneador, ou em 30 dias, se tiver sido instaurado o incidente de dependência. Instalada a audiência, são ouvidas as testemunhas de acusação e de defesa. Em seguida, são realizados os debates orais pelo prazo de 20 minutos, prorrogável por mais 10 minutos, caso seja necessário. Na seqüência, o juiz prolata a sentença. Caso não se sinta habilitado para decidir a lide de imediato, poderá fazê-lo no prazo de 5 dias (artigo 23, § 3.°).

- *Recursos*: aplica-se o Código de Processo Penal subsidiariamente.

- *Prazos procedimentais*: o artigo 35, parágrafo único, da Lei n. 6.368/76, determina que os prazos procedimentais e, segundo a doutrina, os processuais também, devam ser contados em dobro quando se tratar dos crimes dos artigos 12, 13 e 14 da referida Lei. Essa norma não alterou os prazos recursais. Refere-se, portanto, exclusivamente ao inquérito policial e à instrução processual. A jurisprudência fixou em trinta e oito dias o prazo para encerramento da instrução. Aplicando-se o parágrafo único do artigo 35, teremos o prazo de 76 dias para encerrá-la. De qualquer forma, lembre-se que tal prazo admite dilação justificada, na hipótese de complexidade do processo.

- *Competência*: como regra, a competência para processamento e julgamento dos crimes previstos na Lei é da Justiça Comum Estadual. Na hipótese de tráfico internacional a competência é da Justiça Comum Federal. Lembre-se do artigo 27 da Lei Antitóxicos, aplicado quando na comarca não houver sede de vara federal. Nessa hipótese, o processo tramitará perante a Justiça Estadual até a publicação da

sentença. Eventual recurso de apelação será endereçado ao Tribunal Regional Federal.

4.2. Procedimento – Lei n. 10.409/2002

Visando dar maior clareza e objetividade na abordagem do novo procedimento, alinhamos na seqüência as principais novidades introduzidas pela nova Lei. Assim, podemos salientar que o legislador:

1.º) Visou ampliar o leque de meios operacionais de investigação, sem afastar aqueles criados e disciplinados na Lei do Crime Organizado (Lei n. 9.034/95), na Lei de Interceptações Telefônicas (Lei n. 9.296/96), ou no Código de Processo Penal. Veja o quadro:

Lei n. 10.409/2002

Infiltração de policiais	Artigo 33, inciso I
Não-atuação policial	Artigo 33, inciso II
Acesso a dados, documentos e informações	Artigo 34, inciso I
Vigilância de contas bancárias	Artigo 34, inciso II
Acesso a sistemas informatizados	Artigo 34, inciso III
Interceptação telefônica e ambiental	Artigo 34, inciso IV

2.º) Fixou prazos mais dilatados e improrrogáveis para a conclusão do inquérito policial, quer se trate de indiciado preso ou solto. Admitiu a duplicação desses prazos, mediante autorização judicial. Veja o quadro:

Indiciado Preso

	Lei n. 6.368/76	**Lei n. 10.409/2002**
Remessa do inquérito	5 dias	15 dias
Duplicação do prazo	Automática, no caso de tráfico (artigo 35, parágrafo único).	Só para a conclusão e remessa do inquérito, desde que deferida pelo juiz (artigo 29, parágrafo único).

3.º) Introduziu o instituto da revelação eficaz, permitindo ao Ministério Público deixar de propor a ação penal ou a requerer a diminuição da pena, ao agente que revelar a existência de organização criminosa, ensejando a prisão de um ou mais de seus membros; viabilizar a apreensão da droga ou que, de qualquer maneira, contribuir para os interesses da Justiça (§ 2.º do artigo 32):

Revelação Eficaz – Lei n. 10.409/2002

Previsão legal	Artigo 32, §§ 2.º e 3.º
Iniciativa exclusiva	Ministério Público.
Acordo	Com o indiciado.
Fundamentação	É necessária. O Ministério Público, atento aos requisitos legais, apresentará a fundamentação ao juiz natural do processo que, se for o caso, homologará o acordo.
Homologação	Exige-se pelo juiz, que verificará a fundamentação do acordo estabelecido entre o Ministério Público e o indiciado, à luz dos requisitos legais (artigo 32, § 2.º). Trata-se da aplicação do princípio da oportunidade regulada.
Requisitos	1.º Revelação espontânea ao Ministério Público; 2.º Eficácia da revelação, o que consiste na obtenção de um dos seguintes resultados: a) conhecimento da organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais de seus membros; b) apreensão da droga; c) contribuição

	para os interesses da Justiça;
Revelação eficaz tardia	Prevista no § 3.º do artigo 32, refere-se à revelação ofertada pelo indiciado após o oferecimento da denúncia, podendo o juiz deixar de aplicar a pena (perdão judicial) ou reduzi-la de 1/6 a 2/3, fundamentando sua decisão.
Conseqüências	Arquivamento do inquérito policial, o que a lei erroneamente denominou de "sobrestamento do processo", ou a redução da pena (artigo 32, § 2.º)

4.º) Permitiu a redução da pena, mesmo que a revelação eficaz seja posterior ao oferecimento da denúncia (§ 3.º do artigo 32);

5.º) Manteve as demais opções oferecidas ao Ministério Público, tal como a de requerer o arquivamento e a de requerer diligências, além, evidentemente, a de oferecer denúncia. Veja o quadro:

Recebimento do inquérito policial e as opções do Ministério Público

Requerimento do arquivamento	Artigo 37, inciso I
Requisitar diligências	Artigo 37, inciso II. O inciso ora indicado utilizou a palavra "requisitar". Na sistemática do

	Código de Processo Penal as diligências devem ser requeridas ao juiz.
Oferecer denúncia	Artigo 37, inciso III
Deixar de propor a ação penal: arquivamento dos autos	Artigo 37, inciso IV

6.º) Fixou o prazo de 10 dias para o exame do inquérito policial, inclusive para o oferecimento de denúncia. Não há possibilidade de alteração desse prazo, quer porque a nova Lei não a prevê, quer porque o parágrafo único do artigo 35 da Lei n. 6.368/76 – que previa a duplicação de prazos procedimentais e processuais nos casos de tráfico de entorpecentes (artigos 12, 13 e 14) – foi tacitamente revogado pela Lei n. 10.409/2002. Veja o quadro:

Indiciado Preso

	Lei n. 6.368/76	**Lei n. 10.409/2002**
Oferecimento da denúncia	3 dias	10 dias
Duplicação do prazo	Automática, no caso de tráfico (artigo 35, parágrafo único).	Esse prazo não admite prorrogação ou duplicação.

7.º) Introduziu a defesa preliminar do denunciado, antes da decisão do recebimento ou rejeição da denúncia. Trata-se de ato de defesa imprescindível, devendo o magistrado suprir a eventual inércia do denunciado e de seu defensor. Diversamente do que normalmente verificamos no procedimento ordinário (artigos 394/405 e 498/502 do Código de Processo Penal), essa defesa prévia deve abordar inclusive questões preliminares ao exame do mérito da acusação, tais como as exceções previstas no artigo 95 do Código de Processo Penal que, como sabemos, tem aplicação subsidiária. Por outras palavras, a defesa prévia ora comentada deve esgotar *todos* os argumentos defensivos, de modo que possa ser alcançada a rejeição da denúncia. Nessa defesa poderão ser juntados documentos ou justificações e será o momento oportuno para a apresentação do rol e o requerimento de oitiva de testemunhas, sob pena de preclusão.

8.º) Instituiu o interrogatório antes do recebimento da denúncia, como forma de proporcionar ao denunciado um contato pessoal com o magistrado, dando maior eficiência à sua autodefesa (artigo 38). Registramos, no entanto, que há divergência sobre a existência desse interrogatório. Alguns sustentam, simplesmente sua inexistência, escorando-se na redação ambígua do § 1º do artigo 28. Outros admitem sua existência, mas sustentam ser impossível, no caso de denunciado preso, requisitá-lo no exíguo prazo de cinco dias. Essa segunda objeção desconsidera um fato: a Lei n. 6.368/76 já determinava o interrogatório no prazo de cinco dias (§ 3º do artigo 22).

9.º) Abriu ao Ministério Público a possibilidade de contrariar, se for o caso, os argumentos apresentados na defesa prévia, no prazo de cinco dias. Observa-se, assim, a instauração de um verdadeiro contraditório antes da decisão de recebimento ou rejeição da denúncia.

10.º) Permitiu ao juiz determinar diligências, que serão concretizadas no prazo de 10 dias, antes da decisão de recebimento ou rejeição da denúncia, que deverá ser prolatada em 5 dias.

11.º) Manteve a audiência de instrução e julgamento, nela introduzindo o interrogatório do réu, ao qual se seguirá a coleta da prova acusatória e defensiva. Encerrada a instrução, haverá debates orais pelo prazo de 20 minutos – para cada uma das partes – prorrogável por mais 10 minutos, a critério do juiz. Continua sendo possível a juntada de *memorial* na audiência, procedimento adotado especialmente pelos advogados. Não há previsão legal para a concessão de juntada de *memoriais* no prazo de três ou cinco dias da audiência de instrução, praxe observada no dia-a-dia forense, sem o amparo da Lei. O legislador quer que a decisão seja prolatada, de preferência, imediatamente após os debates. Se o juiz não se julgar habilitado a fazê-lo imediatamente, poderá prolatar a sentença em 10 dias.

12.º) O laudo de exame químico-toxicológico deverá ser juntado aos autos até o dia anterior ao designado para a audiência de instrução e julgamento (parágrafo único do artigo 31).

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Lei dos Crimes Hediondos – Lei n. 8.072/90

1. CRITÉRIO DE CLASSIFICAÇÃO

O critério de classificação é o legal.

Os crimes hediondos são os definidos pela Lei n. 8.072, de 25.7.1990, publicada no *Diário Oficial da União* no dia seguinte, data em que entrou em vigor (art. 12). A referida lei sofreu alterações de destaque. Assim, a Lei n. 8.930, de 6.9.1994, introduziu no rol fechado, definido no art. 1.º da Lei n. 8.072/90, o crime de homicídio simples, desde que praticado em atividade típica de grupo de extermínio. Incluiu, também, todas as hipóteses de homicídio qualificado (§ 2.º do art. 121 do CP). Descaracterizou, ainda, o crime de envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal com resultado morte como hediondo (art. 270 c.c. e art. 285, ambos do CP). A Lei n. 9.695, de 20.8.1998, por sua vez, incluiu no rol dos delitos hediondos o art. 273, *caput* e § 1.º, "a" e "b", do CP (crime de falsificação (...) de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, entre outros definidos no supracitado artigo).

Os crimes hediondos têm sua gênese no art. 5.º, XLIII, da CF. Segundo a CF, "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos". Vê-se, assim, que a CF indicou alguns crimes, chamados pela doutrina de crimes assemelhados aos hediondos, a eles

se estendendo a aplicação da Lei n. 8.072/90. Assim, são crimes assemelhados aos hediondos a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo.

2. O ROL DOS CRIMES HEDIONDOS

Estão previstos no art. 1.º da Lei n. 8.072/90, são eles:

I – homicídio simples (art. 121, *caput*, do CP), desde que cometido em atividade típica de grupo de extermínio e todas as formas de homicídio qualificado (§ 2.º, I (torpe), II (fútil), III (meio cruel), IV (recurso que impossibilita ou dificulta a defesa da vítima) e V (para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime);

II – latrocínio (art. 157, § 3.º, *in fine*, do CP);

III – extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2.º, do CP);

IV – extorsão mediante seqüestro (art. 159, *caput* e §§ 1.º, 2.º e 3.º, do CP);

V – estupro (art. 213 c.c. art. 223, *caput* e seu par. ún.);

VI – atentado violento ao pudor (art. 214 c.c. art. 223, *caput* e seu par. ún.);

Atenção: segundo recente decisão do STF, só são considerados hediondos o estupro e o atentado violento ao pudor desde que praticados com violência real, desta resultando lesão grave ou morte da vítima (HC n. 80.479, Rel. Nélson Jobim, j. 5.12.2000).

VII – epidemia com resultado morte (art. 267, § 1.º, do CP);

VII B – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e seu § 1.º, do CP).

Parágrafo único: Genocídio, considerado crime contra a humanidade. A Lei n. 2.889/56 define os comportamentos típicos e respectivas sanções.

Não são hediondos, entre outros:

- os crimes militares, porquanto não se encontram arrolados no art. 1.º da Lei n. 8.072/90;
- o homicídio privilegiado-qualificado, porque prevalece o privilégio (circunstância subjetiva, art. 67 do CP);
- o roubo simples e as hipóteses de roubo qualificado, salvo com o evento morte;
- a extorsão simples, a qualificada pelo § 1.º, ou com o resultado lesão grave;
- o envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal com resultado morte (art. 270 c.c. o art. 285, do CP), desde 1994.

3. OS CRIMES ASSEMELHADOS AOS HEDIONDOS

Os crimes assemelhados estão previstos no art. 5.º, XLIII, da CF/88, são eles:

- *terrorismo*: para alguns, o terrorismo está tipificado no art. 20 da Lei n. 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional). Para outros, esse dispositivo legal faz somente menção ao terrorismo, mas não o descreve;

- *tortura*: a Lei n. 9.455/97 disciplinou a tortura, previu punições e revogou expressamente o art. 233 do ECA;

- *tráfico ilícito de entorpecentes*: arts. 12, 13 e 14 da Lei n. 6.368/76 (Lei Antitóxicos).

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

1. CONSEQÜÊNCIAS DA HEDIONDEZ

1.1. Art. 2.º, I, da Lei n. 8.072/1990

A primeira conseqüência da hediondez está prevista no inc. I do art. 2.º da lei em estudo. Por ele, os crimes hediondos e assemelhados são insuscetíveis de anistia, graça ou indulto. Ocorre que a CF, em seu art. 5.º, XLIII, só vedou aos referidos crimes a concessão de graça e anistia. Poderia a Lei dos Crimes Hediondos ter vedado, também, o indulto? Há controvérsia, advindo duas posições:

- *1.ª posição*: a vedação ao indulto não fere a CF, pois o texto, ao mencionar a graça, o fez em termos genéricos, no sentido de clemência, indulgência. Nesse sentido: Damásio de Jesus, Fernando Capez e Luiz Vicente Cernicchiaro.

- *2.ª posição*: a proibição à concessão do indulto é inconstitucional. Primeiro, porque o legislador ordinário não poderia tê-lo incluído, pois não foi mencionado na CF. Segundo, a CF dispõe que a concessão do indulto é atribuição exclusiva do Presidente da República (art. 84, XII, da CF). Assim sendo, não poderia o legislador ordinário limitá-lo no exercício dessa atribuição. Veja, nesse sentido: Alberto Silva Franco.

1.2. Art. 2.º, II – Proibição da Concessão de Fiança e Liberdade Provisória

No tocante à fiança, a proibição é, praticamente, inócua. Ora, ela não pode ser concedida, segundo o CPP, nos crimes punidos com reclusão cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça (art. 323, V). Com essa vedação prevista no CPP, dos crimes hediondos, à exceção da epidemia com resultado morte (art. 267, § 1.º, do CP) e da falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput*, e § 1.º, "a" e "b", do CP), todos os demais são cometidos com violência ou grave ameaça. Assim, sem examinar a pena mínima, nunca foram afiançáveis. Recordamos que o estupro e o atentado violento ao pudor, praticados com violência presumida (art. 224 do CP), não são considerados hediondos. Pois bem, mesmo os dois crimes que restaram (arts. 267, § 1.º, e 273, ambos do CP) não são afiançáveis em razão da pena mínima cominada em abstrato ser superior a 2 anos (20 e 10 anos, respectivamente). Nem sequer na hipótese tentada a fiança seria possível, porquanto a pena mínima, aplicado o redutor máximo, seria, respectivamente, de 6 anos e 8 meses e 3 anos e 4 meses. Quanto aos crimes assemelhados aos hediondos, afastamos, desde logo, a tortura e o terrorismo, ambos praticados com violência ou grave ameaça à pessoa. No que concerne ao tráfico de entorpecentes (arts. 12, 13 e 14), suas penas mínimas, fixadas abstratamente em 3 anos, tornam inviável a fiança. A hipótese de tentativa é possível tecnicamente, todavia de difícil reconhecimento na prática. Nos dois primeiros (arts. 12 e 13), porque são crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado. No crime de associação (art. 14), trata-se de crime formal ou de consumação antecipada, circunstância que também dificulta a figura tentada.

Crimes	Pena mínima abstrata	Pena mínima – tentativa
Art. 267, § 1.º	20 anos	6 anos e 8 meses
Art. 273, *caput*, e § 1.º	10 anos	3 anos e 4 meses
Arts. 12, 13 e 14 da Lei Antitóxicos	3 anos	1 ano

Quanto à liberdade provisória, repete-se a discussão que ocorreu no inciso anterior, porque aqui também a CF não a vedou. O inc. LXVI do art. 5.º da CF, entretanto, ampara a vedação ora estudada, porque deixa à lei a escolha dos casos em que será possível ou não a liberdade provisória, com ou sem fiança. A vedação à liberdade provisória sem fiança, portanto, é constitucional (STF, HC n. 73.978-RJ).

Há, no entanto, outra posição. Essa sustenta a inconstitucionalidade, baseada na relação fechada de hipóteses prevista no art. 5.º, XLIII, da CF (STJ, HC n. 5.247-RJ). O STJ é avesso a qualquer tipo de prisão obrigatória que decorra de lei, devendo o Juiz analisar a questão das prisões cautelares à luz da necessidade delas.

1.3. Art. 2.º, § 1.º – Regime de Cumprimento de Pena

O § 1.º do art. 2.º é norma constitucional, reconhecida como tal pelo Plenário do STF (HC n. 69.657 e n. 70.939). Há, no STJ, vários precedentes no mesmo sentido. Segundo os acórdãos dos tribunais mencionados, o trabalho de individualização da sanção não se esgota com a fixação do regime de cumprimento da pena. Não se vislumbra, portanto, ofensa ao princípio da individualização da pena.

1.4. Outras Implicações Decorrentes do Regime Integralmente Fechado

1.4.1. Livramento condicional

Perfeitamente aplicável aos crimes hediondos ou assemelhados. Segundo o inc. V do art. 83 do CP, o condenado deve ter cumprido 2/3 da pena, em se tratando de crime hediondo ou assemelhado, e não poderá ser reincidente específico (condenações por crimes hediondos ou assemelhados).

1.4.2. Suspensão condicional da pena – sursis

A jurisprudência inclina-se a não admiti-lo quando se tratar de crime hediondo ou assemelhado. Precedentes do STJ ressaltam que o instituto é incompatível com a natureza dos crimes ora estudados. Na doutrina, Damásio E. de Jesus e Luiz Flávio Gomes sustentam posição diversa, já que não vislumbram incompatibilidade legal ou lógica no presente caso.

1.4.3. Penas alternativas

Há divergência na doutrina e na jurisprudência sobre a possibilidade de substituição da pena privativa por alternativa, no caso do tráfico de entorpecentes. É predominante nos tribunais o entendimento no sentido de que a pena alternativa é insuficiente para satisfazer a necessidade de repressão estatal. Ademais, a redação do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/1990 estaria indicando que a pena deveria ser efetivamente cumprida. A sanção alternativa deve incidir nos crimes de pequeno e médio potencial ofensivo, classificações nas quais o tráfico de entorpecente definitivamente não se enquadra. Há na

doutrina entendimento diverso, não reconhecendo qualquer incompatibilidade entre penas alternativas e o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

1.4.4. Lei de Tortura (Lei n. 9.455/1997)

A lei em epígrafe não revogou o § 1.º do art. 2.º da Lei dos Crimes Hediondos. Assim, admite-se a progressão nos regimes de cumprimento de pena somente na hipótese de condenação por crime de tortura (art. 1.º, § 7.º, da Lei n. 9.455/1997). Essa é a posição do STF (Plenário, HC n. 76.371-SP). Há precedentes nesse sentido no STJ, como no HC n. 10.726-SP. Há posição minoritária, na doutrina e na jurisprudência, sustentando o oposto.

a) Art. 2.º, § 2.º – apelação em liberdade

Em primeiro lugar, registre-se que o STJ consagrou, na Súmula n. 9, que a exigência de prisão provisória para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência. A decisão deve ser fundamentada e tomada com base no poder geral de cautela do Juiz. O art. 2.º, § 2.º, da Lei n. 8.072/1990 revogou o art. 35 da Lei Antitóxicos (veda a apelação em liberdade nas condenações pelos crimes definidos nos arts. 12 ou 13). É a posição que predomina no STF e no STJ. Assim, o Juiz poderá permitir a apelação em liberdade em qualquer hipótese, desde que o faça fundamentadamente, baseando-se na desnecessidade da custódia cautelar. Não poderá conceder tal direito, todavia, se o réu já se encontrava preso durante a instrução. Há outras posições minoritárias:

- o art. 35 não foi revogado, de modo que continua sendo vedada a apelação em liberdade;

- o art. 35 não foi revogado inteiramente. A proibição de apelar em liberdade é a regra, enquanto a hipótese contrária (apelação em liberdade) é a exceção.

b) Art. 2.º, § 3.º – aumento do prazo de prisão temporária

A prisão temporária é regulada pela Lei n. 7.960/1989, que discrimina os crimes e as hipóteses que a ensejam. O prazo é de 5 dias, podendo ser renovado por igual período. Nos casos de crimes hediondos e assemelhados, o referido prazo é de, no máximo, 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período. Esse prazo não pode ser computado no prazo de instrução para efeito de eventual constatação de constrangimento ilegal.

MÓDULO VII

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

1. CRIMES HEDIONDOS

1.1. Art. 7.º – Delação eficaz

Trata-se de causa de diminuição de pena, específica para o crime de extorsão mediante seqüestro, praticado em concurso de pessoas. O art. 7.º da Lei n. 8.072/1990 introduziu um novo parágrafo (§ 4.º) no art. 159 do CP.

1.1.1. Pressupostos de delação eficaz

- Tratar-se de crime de extorsão mediante seqüestro (art. 159 do CP).
- Prática do crime em concurso de pessoas (co-autoria ou participação).

1.1.2. Requisitos da delação

- A delação deve ser feita à autoridade, ou seja, ao Delegado de Polícia, Juiz de Direito ou Promotor de Justiça.
- A delação deve ser eficaz, isto é, deve proporcionar a libertação do seqüestrado.

1.1.3. Efeito da delação

O Juiz deve reduzir a pena do réu delator à razão de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços). Quanto maior tiver sido sua contribuição para a libertação do seqüestrado, tanto maior será a redução de sua sanção privativa de liberdade. Trata-se, evidentemente, de circunstância de caráter pessoal que não se comunica aos demais agentes.

1.2. Art. 8.º, par. ún. – Traição Benéfica

Trata-se de outra causa de diminuição. O dispositivo prevê diminuição de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) da pena do "participante" que delatar à autoridade o bando ou a quadrilha. A causa, como se percebe, é diversa daquela vista no art. 7.º. A traição benéfica será reconhecida quando as informações prestadas pelo réu colaborador propiciarem o desmantelamento da quadrilha ou bando.

1.2.1. Pressupostos da traição benéfica

- Tratar-se de crime de quadrilha ou bando (art. 288 do CP).
- Que essa quadrilha ou bando tenha por finalidade a prática de crimes hediondos ou assemelhados (crimes visados).

1.2.2. Requisitos da traição benéfica

- Delação à autoridade (Delegado, Promotor ou Juiz) sobre a existência da quadrilha ou do bando.

- A delação precisa ser eficaz, ou seja, deve proporcionar o desmantelamento da quadrilha ou bando.

1.2.3. Efeito da traição benéfica

A pena do crime de quadrilha deve, obrigatoriamente, ser reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços). A escolha entre o mínimo e o máximo dependerá da maior ou menor contribuição do réu para o desmantelamento da quadrilha ou bando. Caso o traidor tenha praticado ou concorrido para o cometimento dos crimes realizados pela quadrilha, a redução decorrente do benefício em estudo recairá exclusivamente sobre a pena referente à infração definida no art. 288 do CP. A doutrina admite a aplicação desse benefício ao art. 14 da Lei Antitóxicos, aplicando-se analogia.

1.3. Art. 8.º da Lei n. 8.072/90 e o art. 14 da Lei de Antitóxicos

O art. 8.º da Lei n. 8.072/90 dispõe que será de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do CP quando se tratar de crimes hediondos ou assemelhados. Sabemos que entre os assemelhados encontra-se o tráfico de entorpecentes.

Ocorre que a Lei Antitóxicos prevê, no art. 14, o crime de associação. Esse delito exige a presença de, no mínimo, duas pessoas ligadas pelo vínculo associativo e pela predisposição de praticarem um número indeterminado de infrações penais. As infrações visadas, no caso do citado art. 14, devem ser as definidas nos arts. 12 ou 13 da Lei n. 6.368/76. A pena é de 3 (três) a 10 (dez) anos de reclusão e 50 (cinqüenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Ora, a comparação do art. 14 da Lei Antitóxicos, com o art. 8.º da Lei dos Crimes Hediondos, pode levar o intérprete à conclusão de que o tipo penal previsto na Lei n. 6.368/76 teria sido revogado. Tal conclusão não estaria amparada na jurisprudência dominante. Para o STF, o preceito primário do art. 14 permanece em vigor. Sua sanção (preceito secundário), no entanto, passou a ser aquela indicada pelo art. 8.º da Lei n. 8.072/90. Assim, o art. 14 da Lei Antitóxicos pune com reclusão de 3 (três) a 6 (seis) anos. O art. 8.º não previu pena pecuniária.

1.4. Art. 9.º da Lei n. 8.072/90 – Aumento de Pena

Esse artigo dispõe que a pena será aumentada de metade nos crimes nele relacionados quando a vítima se encontrar numa das condições do art. 224 do CP (vítima não maior de 14 anos, alienada ou débil mental, ou que não podia, por qualquer outra causa, oferecer resistência). Frisamos que o art. 9.º não incide sobre todos os crimes hediondos ou assemelhados, mas unicamente naqueles por ele indicados.

O Juiz, ao aplicar o aumento, não poderá exceder o limite de 30 (trinta) anos.

Quanto à questão do estupro e do atentado praticados com violência presumida, entendia-se que eram crimes hediondos. Assim, aplicava-se a causa de aumento em questão. O STF entendia que a dupla utilização do art. 224 do CP, ora para tipificar o estupro ou o atentado violento ao pudor, ora para aumentar a pena de metade, não constituía *bis in idem.* Tal posicionamento, todavia, foi sempre criticado pela doutrina e não foi adotado pelo STJ. Atualmente, tais infrações não são mais consideradas crimes hediondos, razão pela qual não se cogita a aplicação do art. 9.º da Lei n. 8.072/90. O mesmo se

verifica com o estupro e o atentado violento ao pudor, nas suas formas fundamentais. Não se aplica o art. 9.º pelo fato de não serem crimes hediondos. Para serem hediondos, o estupro e o atentado violento ao pudor devem ser praticados com violência real, dela resultando lesão grave ou morte da vítima (art. 223, *caput* ou o seu par. ún.).

MÓDULO VIII

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

1. SONEGAÇÃO FISCAL - Lei n. 8.137/90 – CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Os crimes estão previstos nos arts. 1.º, 2.º e 3.º. As figuras típicas inseridas nos arts. 1.º e 2.º são praticadas pelo particular contra o erário, enquanto que as do art. 3.º exigem sujeito ativo com qualidade especial, ou seja, só podem ser cometidas por funcionários públicos (crime funcional).

Art. 1.° Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal, ou documento equivalente, relativa à venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inc. V.

Art. 2.° Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 3.° Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I):

I - extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social;

II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente.

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

III - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público.

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Os crimes definidos no art. 1.º são de resultado, punidos com reclusão de 2 a 5 anos e multa. A suspensão condicional do processo é inviável, ressalvada a hipótese de tentativa, haja vista ser a pena mínima de 2 anos. Cabe suspensão condicional da pena, desde que tenha sido fixada no mínimo pelo Juiz. É possível a substituição da pena privativa por alternativa, nos termos do disposto nos arts. 43 a 47 do CP.

Com relação ao art. 2.º, sendo a pena mínima de seis meses de detenção, não há óbice ao "sursis processual". No mais, segue-se a orientação dada em relação ao art. 1.º.

Quanto aos crimes funcionais (art. 3.º), a suspensão condicional do processo cabe no caso do inc. III, punido com reclusão de 1 a 4 anos.

Atenção: a substituição prevista no art. 9.º só é cabível nos crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo (arts. 4.º a 7.º).

1.1. Competência

É necessário verificar o sujeito passivo. Tratando-se da União, é competente a Justiça Federal. Se o tributo é estadual ou municipal, a competência será da Justiça Estadual.

1.2. Extinção da Punibilidade

O art. 14 da Lei n. 8.137/90 foi revogado. O tema foi novamente tratado em 1995, por meio do art. 34 da Lei n. 9.249, de 26.12.95. Segundo o dispositivo, o agente que promover o pagamento do tributo e seus acessórios, antes do recebimento da denúncia, nos casos dos arts. 1.º e 2.º da Lei n. 8.137/90, terá extinta a sua punibilidade. Estabeleceu-se uma discussão sobre o pagamento parcelado, com o surgimento de três posições:

1.ª) Predominante, afirma que extinção da punibilidade só ocorrerá com o cumprimento integral do acordo estabelecido com o fisco, antes do recebimento da denúncia. Há vários precedentes no STF.

2.ª) Basta o acordo e o pagamento das primeiras parcelas. Nesse sentido algumas decisões do STJ.

3.ª) Argumenta que o acordo com o fisco estabeleceria uma causa suspensiva para a aplicação da extinção da punibilidade. Se todas as parcelas forem pagas extingue-se a punibilidade. Caso contrario, será o agente responsabilizado penalmente.

Frise-se que a Lei n. 9.964/2000, que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal – REFIS, circunscrito a débitos tributários de pessoas jurídicas com vencimento até 29 de fevereiro de 2000, no seu artigo 15, *caput*, reza que será suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes definidos nos arts. 1.° e 2.° da Lei n. 8.137/1990, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos citados crimes estiver incluída no REFIS, desde que a inclusão no aludido programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia. Durante a suspensão da pretensão punitiva, não corre a prescrição (§ 1.° do art. 15). Cumprido o acordo com o fisco, com o

pagamento integral dos débitos, extingue-se a punibilidade dos agentes, nos termos do § 3.º do dispositivo supracitado.

Nota-se que a Lei n. 9.964, de 10.04.2000, vinculou a extinção da punibilidade do agente ao pagamento integral do débito, o que reforça a tese adotada no STF (1.ª posição).

1.3. Ação Penal

A ação penal é pública incondicionada nos crimes previstos nos arts. 1.º, 2.º e 3.º.

Após o advento da Lei n.9.430/1996, especificamente o seu art. 83, vedou-se à autoridade fazendária remeter notícia de crime (que o artigo chama de “representação”) ao Ministério Público antes do término do procedimento administrativo fazendário.

Deixa-se claro que o mencionado art. 83 não criou uma condição de procedibilidade para o exercício da ação penal. Na verdade, ele traduz uma simples ordem dada à autoridade fazendária. Evidentemente, se o Ministério Público dispuser de elementos para dar início à ação penal, deverá fazê-lo.

O fundamento da conclusão acima exposta assenta-se no princípio da autonomia das instâncias (penal e administrativa) e na não reformulação do art. 15 da Lei 8.137/90 (posicionamento do plenário do STF).

1.4. Sujeito Ativo e Passivo

Nos crimes definidos nos arts. 1.º e 2.º, o sujeito ativo é o contribuinte. Também poderão praticar os crimes supracitados o contador, o advogado, entre outros.

O sujeito ativo do art. 3.º é o funcionário público (crime próprio e funcional típico).

O sujeito passivo é o Erário.

1.5. Denúncia

Quando a pessoa jurídica é utilizada para a prática de crime contra a ordem tributária há dificuldade para a individualização das condutas. É por tal razão que o STF orienta que, nesses casos, atenua-se o rigorismo do art. 41 do CPP.

A orientação mencionada, entretanto, não legitima a acusação temerária, feita sem um mínimo de investigação processual, de molde a excluir, desde logo, do pólo passivo da ação penal, as pessoas que, embora figurem no contrato social, não têm qualquer poder de comando.

1.6. Delação Premiada

Redução de 1/3 a 2/3 da condenação nos crimes da Lei n. 8.137/1990, cometidos em co-autoria ou quadrilha, ao agente que revelar toda a trama delituosa. Não se exige o desmantelamento de quadrilha, contentando-se a Lei com as informações detalhadas acerca do cometimento da infração, tais como o tempo do crime, seus agentes, o modo de execução, vantagem obtida com o ilícito etc. A confissão deve ser espontânea.

Requisitos da delação: a) crimes previstos na Lei; b) praticados em concurso ou quadrilha; c) delação à autoridade policial ou judicial, sendo revelada toda a trama delituosa; d) delação espontânea.

A redução é obrigatória e personalíssima.

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

SONEGAÇÃO FISCAL • LEI N. 8.137/90 • CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

1. ART. 1.º

"*Caput*: constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – omitir informação ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias."

Não só os do inc. I, mas todos do art. 1.º são crimes materiais (conduta e resultado). O resultado é a efetiva supressão ou redução de tributo (contribuição social e acessórios).

É crime que admite tentativa: quando se praticam todos os atos, mas não se consegue reduzir ou suprimir a obrigação tributária.

É crime de forma vinculada (todo o art. 1.º), pois só pode ser praticado segundo as condutas dos incisos.

O inc. I é muito abrangente, mas há condutas específicas em outros incisos.

O crime definido no inc. I do art. 1.º da Lei visa assegurar a confiabilidade ou credibilidade das informações transmitidas ao Fisco, para que esse possa proceder ao lançamento dos tributos. Um dos comportamentos típicos mais freqüente na prática é a prestação de declaração falsa em escritura pública de compra e venda de imóveis, com o objetivo de reduzir o pagamento do Imposto de Transmissão Imobiliária (ITBI).

Recorda-se, mais uma vez, que o crime só se consumará com a efetiva redução ou supressão do tributo. É crime que se assemelha à falsidade ideológica ou material previstas no Código Penal. Evidentemente, a figura da lei especial prevalece.

A conduta típica deve recair sobre quaisquer objetos previstos no tipo. Podem ser documentos de pessoa jurídica ou de pessoa física.

"II – fraudar a fiscalização tributária inserindo elementos inexatos ou omitindo operação de qualquer natureza em documento ou livro exigido pela lei fiscal."

O objeto material nesse inciso deve ser obrigatoriamente exigido pela lei fiscal; é necessário que lancemos mão do regulamento do tributo para verificar quais são tais documentos. Ex.: é obrigatório para a apuração do ICMS o livro de registro de saída e de entrada de mercadorias. Isso se verifica no Decreto n. 33.118/91, que regulamenta o ICMS no Estado de São Paulo.

"III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável."

Significa rasura no documento antes perfeito (falsificação grosseira da nota fiscal no talonário).

A falsificação consiste na contrafação dos objetos materiais previstos no inciso (o rol de objetos materiais não é exaustivo; é exemplificativo). Na "alteração", por sua vez, o agente faz modificações de qualquer espécie no documento, tais como rasuras ou acréscimos no documento previamente elaborado.

"IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato."

A fraude é feita com documentos inidôneos (*frios*). Ex.: ICMS – o agente adquire talões de empresas já encerradas e faz nota fictícia de mercadoria comprada, o que reduz o imposto, lançando no registro de entrada.

Pune-se por dolo ou dolo eventual com a mesma sanção.

O inc. IV pune tanto aquele que tem conhecimento inequívoco da falsidade do documento como aqueles que utilizam-no sabendo que eram falsos.

"V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação."

O crime visa evitar a evasão de receitas, por meio da venda de produtos ou prestação de serviços sem a emissão da nota fiscal.

O dispositivo que trata do crime ora estudado revogou o inc. IV do art. 2.º da Lei de Economia Popular (Lei n. 1.521/51) e difere do art. 172 do CP (crime de duplicata simulada), porque neste não houve operação nenhuma, é tudo fictício, enquanto no crime em estudo houve uma efetiva operação mercantil.

O par. ún. do art. 1.º trata de delito de mera conduta, não é material, pois sua consumação independe da efetiva redução, supressão do tributo; é um delito que se assemelha ao crime de desobediência previsto no art. 330 do CP; consiste em deixar de atender exigência de autoridade fazendária no prazo legal de 10 dias e poderá ser convertido em horas a critério da fiscalização tributária. Embora não se exija para a consumação do crime a efetiva supressão ou redução do tributo, é imprescindível que o contribuinte seja notificado por escrito, sendo alertado sobre a exigência a ser cumprida e sobre o prazo em que deverá fazê-lo.

O parágrafo visa assegurar aos agentes fiscais o livre acesso a livros, documentos fiscais, mercadorias, para poder efetuar a fiscalização.

É crime punido com as mesmas penas reservadas aos incisos que lhe antecedem.

A tentativa é impossível, porque se trata de crime omissivo; o dolo, por sua vez, exigido pelo tipo, consiste em deixar de atender a exigências da fiscalização para suprimir ou reduzir o pagamento do tributo.

2. ART. 2.º

Todos os delitos previstos no art. 2.º são formais.

É crime contra a ordem tributária, que não exige a consumação, pois não é crime material.

"I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo."

Aparentemente, esse inc. I do art. 2.º é idêntico ao mesmo inciso do art. 1.º, entretanto, as sanções são extremamente distintas, muito mais graves no art. 1.º; faz-se necessária uma forma de interpretação que possa diferenciá-los. Nesse sentido, encontramos duas correntes:

- a primeira entende que o art. 2.º, inc. I, é a forma tentada do inc. I do art. 1.º da Lei;
- a segunda afirma que no inc. I do art. 2.º, o agente, desejando suprimir ou reduzir tributo, insinua uma situação de isenção fiscal que não se coaduna com a sua real situação. Assim, o "eximir-se", encontrado no art. 2.º, inc. I, nada mais é do que uma isenção fiscal; tanto isso é verdade, que o legislador, no inciso ora estudado, não inseriu as contribuições sociais e as obrigações acessórias, porque essas não se submetem ao regime de isenção fiscal.

Essa última posição é a que parece ser a mais acertada; ela é sustentada por Rui Stoco ao comentar o tema no *Código Interpretado*, de Alberto Silva Franco e outros.

Observação: os núcleos são 3 – fazer declaração, omitir ou empregar outra fraude com a finalidade de pagar menos ou nenhum tributo.

O crime admite a forma tentada nos comportamentos comissivos "fazer e empregar"; o omissivo, evidentemente, não permite. No tocante ao dolo, exige-se uma finalidade especial de praticar um comportamento típico para suprimir ou reduzir tributo.

"II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos."

É crime semelhante ao de apropriação indébita e é imprescindível a constatação do dolo para que ele se consuma.

Se foi ato isolado, não é crime; já, se a conduta é reiterada, configura-se o dolo.

Se a ação consistir em não efetivar o recolhimento de contribuições devidas ao INSS, aplica-se o art. 95, "d", da Lei n. 8.212/91 (Lei da Seguridade Social). Trata-se de crime especial e que afasta a aplicação do inc. II ora estudado.

O crime previsto no inc. II exige a comprovação cabal do dolo.

Consumação: trata-se de crime formal, a consumação ocorrerá no momento em que o tributo não for recolhido, respeitado o prazo legal.

Os incs. III e V visam assegurar a aplicação correta dos incentivos fiscais, além de procurar evitar o comércio na captação de incentivos. Aqui, excepcionalmente, poderemos ter como sujeito ativo funcionários de instituições financeiras privadas que atuem na captação dos incentivos fiscais. Ex.: pessoa que recebe dinheiro para fazer reflorestamento e compra apartamento.

Inc. V – pune o "caixa 2 eletrônico". "Divulgar ou utilizar programa de processamento de dados que permite ao contribuinte possuir informação contábil diversa daquela que é fornecida à Fazenda Pública."

É crime formal. Embora a finalidade seja suprimir ou reduzir o pagamento de tributo, ela não é exigida para a consumação do delito.

3. ART. 3.º

É crime funcional.

Incs. I e II: a pena é de 3 a 8 anos de reclusão.

Inc. III: pena de 1 a 4 anos de reclusão.

Sujeito ativo: funcionário público, ligado à Administração Fazendária.

I – o dispositivo que trata do delito foi inspirado no art. 314 do CP. Pune-se quem (funcionário público) extravia, sonega ou inutiliza, total ou

parcialmente, livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento de que tenha a guarda em razão da função. Trata-se de delito material, porque do comportamento deve advir o pagamento inexato ou indevido de tributo.

II – o legislador fez a junção do crime de concussão (art. 316 do CP) com a corrupção passiva prevista no art. 317 do CP. Tal como ocorre com esses delitos, o previsto pelo inc. II é crime formal – embora a finalidade do agente seja a obtenção de uma indevida vantagem no exercício da sua função, ela não é exigida para que haja a consumação do crime.

III – está tipificado o comportamento de advocacia administrativa perante a Administração Fazendária.

O comportamento consiste em patrocinar interesse privado perante a Administração Fazendária, valendo-se o funcionário de sua especial qualidade.

Esse crime é de mera conduta, consumando-se quando o funcionário postula o interesse privado.

3.1. Notas Gerais

Trata-se de crimes próprios, ou seja, o sujeito ativo deve ser funcionário público, ligado à Administração Fazendária.

Art. 514 do CPP (defesa preliminar): os crimes funcionais podem estar no CP e fora dele. Nos crimes funcionais típicos, aplica-se o art. 514 do CPP.

Não é aplicado para todos os delitos, mas só para os afiançáveis (cuja pena mínima não ultrapasse dois anos)

Para os crimes consumados, só se aplica o art. 514 para o inc. III. Na forma tentada, aplica-se o art. 514 nos 3 incisos.

Considerados os três incisos do art. 3.º da Lei 8.137/90, nas suas formas consumadas, o único dispositivo que trata de delito afiançável é o inc. III, porque a sua pena é de, no mínimo, um ano de reclusão.

Para aplicar o art. 14 aos demais incisos, é necessária a forma tentada, o que fará reduzir a pena mínima de 3 anos para um ano de reclusão.

Se a providência do art. 514 for posta de lado, o STF entende que a instauração de um processo para a apuração do crime afasta a exigência prevista no art. 514 do CPC.

O mesmo ocorre se a infração funcional típica for apurada juntamente com outra infração de natureza distinta. Há ainda a possibilidade de reconhecimento de nulidade relativa, o que demandaria a prova de prejuízo.

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Armas de Fogo

1. LEI N. 9.437/97

Essa lei instituiu o SINARM – Sistema Nacional de Armas, regulamentou o registro e o porte de armas de fogo, bem como definiu crimes, além de outras providências.

Sua regulamentação deu-se com o Dec. n. 2.222, de 8.5.1997. Sua publicação, em 9.5.1997, condicionou a entrada em vigor do art. 10 da Lei n. 9.437/97, ocorrida em 8.11.1997 (STJ, *HC* 7.423, *DJU* de 15.6.1998).

2. CONCEITO DE SINARM

O Sistema Nacional de Armas, criado no âmbito da Polícia Federal, sob a coordenação do Ministério da Justiça, tem suas incumbências definidas, basicamente, no art. 2.º da Lei n. 9.437/97. São elas:

- Identificar as características e a propriedade de armas de fogo, mediante cadastro.
- Cadastrar as armas de fogo produzidas, importadas e vendidas no País.
- Cadastrar as transferências de propriedade, o extravio, o furto, o roubo e outras ocorrências suscetíveis de alterar os dados cadastrais.

- Identificar as modificações que alterem as características ou o funcionamento de arma de fogo.
- Integrar no cadastro os acervos policiais já existentes.
- Cadastrar as apreensões de arma de fogo, inclusive as vinculadas a procedimentos policiais e judiciais.

O SINARM não alcança:

- As armas de fogo das Forças Armadas e auxiliares.
- As armas de fogo de atiradores, caçadores e colecionadores.

3. REGISTRO

3.1.Conceito

É o documento expedido pela autoridade competente, após prévia autorização do SINARM, que permite a posse de arma de fogo em residência ou dependência dessa, ou no local de trabalho, desde que o interessado seja titular ou representante legal da empresa ou estabelecimento. É o que dispõe o art. 4.º da Lei n. 9.437/97.

Segundo dispõe o art. 8.° do Dec. n. 2.222/97, para os efeitos do disposto no art. 4.° da Lei n. 9.437/97, considerar-se-á titular do estabelecimento ou empresa todo aquele assim definido em contrato social, e responsável legal o

designado, em contrato individual de trabalho, com poderes de gerência.

3.2. Características do Registro

- É obrigatório, excetuando-se as armas obsoletas. O conceito dessas é encontrado no art. 3.° do Dec. n. 2.222/97 e no art. 3.°, inc. XXI, do Dec. n. 3.665/2000: arma de fogo que não se presta mais ao uso normal, devido a sua munição ou seus elementos não serem mais fabricados, ou por ser ela própria de fabricação muito antiga, ou de modelo muito antigo ou fora de uso.

  Atenção: O porte funcional não afasta a obrigatoriedade do registro da arma de fogo.

- Tem validade nacional (art. 4.° da Lei n. 9.437/97).
- As armas de uso permitido são registradas pelas Polícias Civis dos Estados e do Distrito Federal.

Armas de fogo de uso permitido: arma cuja utilização é permitida a pessoas físicas em geral, bem como a pessoas jurídicas, de acordo com a legislação normativa do Exército Nacional (art. 3.°, inc. XVII, do Dec. n. 3.665/2000). A classificação dessas armas, mediante a definição de parâmetros técnicos, é encontrada no art. 17 do decreto supracitado. Podemos, com base no referido art. 17, exemplificar, indicando as armas de fogo curtas, de repetição ou semi-automáticas, de calibres .22LR, .25 Auto, .32 Auto, .32 S&W, .38 SPL e .380 Auto.

- As armas de uso restrito são registradas no Exército Nacional, tendo

atribuição a Região Militar do domicílio dos interessados, na condição de atiradores, caçadores e colecionadores.

- Armas de uso restrito: armas que só podem ser utilizadas pelas Forças Armadas, por algumas instituições de segurança, e por pessoas físicas e jurídicas habilitadas, devidamente autorizadas pelo Exército Nacional, de acordo com a legislação específica (inc. XVIII do art. 3.° do Dec. n. 3.665/2000). Consoante dispõe o art. 16 do citado decreto, são de uso restrito, entre outras: as armas, munições, acessórios e equipamentos de uso bélico; as armas de fogo curtas, como por exemplo, as de calibres .357 Magnum, 9 Luger, .38 Super Auto, .40 S&W, .44 SPL, .44 Magnum, .45 Colt e .45 Auto; as armas de fogo automáticas de qualquer calibre; as armas de fogo dissimuladas, tais como, uma bengala-pistola, caneta-revólver e semelhantes.

- Notas:

- O Decreto n. 55.649/65, que definia, no seu art. 161, as armas de fogo de uso restrito, foi expressamente revogado pelo Dec. n. 2.998/99, que, por sua vez, foi também expressamente revogado pelo Dec. n. 3.665/2000.

- A classificação armas de fogo de uso proibido desapareceu com a edição do Dec. n. 2.998/99. A abolição da referida nomenclatura foi mantida na redação do Dec. n. 3.665/2000 (art. 3.°, inc. LXXX)

- O registro é condicionado, isto é, depende da satisfação de requisitos. Nos termos do art. 5.° do Dec. n. 2.222/97, antes da consulta ao SINARM, o órgão especializado para o registro deverá averiguar se há, contra o interessado, assentamento de ocorrência policial ou antecedentes criminais que o descredencie a possuir arma de fogo.

Nessas hipóteses, deverá ser indeferido, de imediato, o registro, comunicando-se o motivo ao SINARM (art. 5.° do Dec. n. 2.222/97). O registro deverá conter os dados indicados no art. 10 do Dec. n. 2.222/97.

- A eficácia temporal do registro é ilimitada, salvo determinação para recadastramento.
- O registro de arma de fogo é possível a qualquer momento. O interessado deverá requerê-lo à autoridade competente, indicando a origem da arma de fogo.
- O registro é regrado. O proprietário da arma de fogo é obrigado a guardá-la com cautela; a comunicar imediatamente qualquer ocorrência que a envolva (furto, roubo, extravio); a solicitar autorização para a transferência de propriedade (art. 12 do Dec. n. 2.222/97).

Atenção: A inexistência de registro de arma de fogo enseja o enquadramento do comportamento previsto no art. 10, caput, da Lei n. 9.437/97.

4. PORTE DE ARMA DE FOGO

4.1. Conceito

É o documento, expedido pela autoridade competente, que autoriza o interessado a trazer consigo arma de fogo fora de casa ou do local de trabalho.

4.2. Características

- É pessoal e intransferível.
- É expedido a título precário, podendo ser cassado pela autoridade competente, desde que o titular da autorização não cumpra os deveres e as limitações impostas no Dec. n. 2.222/97.
- Tem limitação espacial, pois é valido na unidade federada que o concedeu, salvo a existência de convênio entre territórios limítrofes.
- Tem eficácia temporal limitada. Sua validade é de um ano, nos termos do art. 9.° da Portaria DGP/SP n. 23, de 16.9.1997.

4.3. Expedição de Porte

Armas de uso permitido: pela Polícia Civil dos Estados e do Distrito Federal.

Armas de uso restrito: pelo Exército Nacional, na condição de colecionadores, caçadores e atiradores.

Porte federal: deve ser expedido pela Polícia Federal.

4.4. Requisitos para o Porte

Nos termos do art. 13 do Dec. n. 2.222/97, são requisitos mínimos indispensáveis à concessão do porte de arma de fogo:

- idoneidade;
- necessidade;

- capacidade técnica;
- comportamento social produtivo;
- aptidão psicológica;
- taxa;
- apresentação do Certificado do Registro, cadastrado no SINARM.

4.5. Restrições Impostas à Autorização de Porte

A autorização do porte não autoriza o ingresso com a arma de fogo em casas de diversão, clubes, estabelecimentos educacionais, locais onde se realizam competições esportivas ou reunião, ou onde haja aglomeração de pessoas. Essa restrição não atinge os policiais civis, militares ou federais, porque estão permanentemente em serviço. Devem portar permanentemente arma de fogo, sob pena de cometerem infração disciplinar. Logo, os policiais podem ingressar em locais públicos ou privados portando arma de fogo, respondendo pelos eventuais excessos cometidos.

O porte também não autoriza a condução ostensiva.

É vedado o embarque com arma de fogo para o exterior e também o ingresso com referida arma em aeronaves que efetuem transporte público. Situações especiais poderão ser autorizadas pela Aeronáutica.

Quem ingressa com arma de fogo nesses locais não permitidos comete ilícito administrativo, sancionado com o recolhimento da arma e a cassação do porte.

4.6. Espécies de Porte

4.6.1. Porte estadual

Tem validade no âmbito da unidade federada que o concedeu, salvo convênio com Estado limítrofe.

4.6.2. Porte federal

Concedido em situações especiais. Além das exigências normais, previstas para a concessão do porte estadual, o interessado deverá demonstrar a efetiva necessidade de transitar com a arma de fogo por vários Estados da Federação.

4.6.3. Porte de trânsito ou tráfego

Apenas para trânsito de arma de fogo concedido pela Polícia Civil, Federal, ou Exército.

4.6.4. Porte funcional

Concedido em razão do exercício de determinados ofícios ou atividades profissionais. Decorre de norma legal, dispensando, portanto, a expedição de ato formal de autorização.

O porte funcional não dispensa o regular registro da arma de fogo.

Têm porte funcional, por exemplo:

- Membros da Magistratura: porte federal. Decorre do art. 33, inc.V, da

Lei Orgânica Nacional da Magistratura (LC n. 35/79). É contínuo, ou seja, válido mesmo fora do expediente forense. A jurisprudência entende que alcança os aposentados.

- Membros do MP: porte federal (art. 42 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei n. 8.625/93). É contínuo e alcança os aposentados. No Estado de São Paulo, a previsão está no art. 223 da Lei n. 734/93 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo).

- Policiais Militares e Bombeiros Militares: o porte é contínuo, válido ainda que fora do horário de serviço. Os policiais são considerados permanentemente em serviço. O porte tem validade em todo o território nacional, desde que o policial esteja em efetivo serviço e devidamente autorizado por autoridade de seu Estado. Os policiais podem usar armas de uso restrito, desde que estejam habilitados (curso de manejo) e autorizados pela respectiva instituição de segurança pública.

- Policiais Civis: porte contínuo, permanente. Devem portar permanentemente carteira funcional, algemas e arma de fogo, sob pena de cometerem infração disciplinar (Portaria DGP/SP n. 28/94). O porte é válido em todo o território nacional, desde que o policial esteja em efetivo serviço e autorizado. Os policiais civis podem portar armas de uso restrito, desde que previamente habilitados por sua instituição.

- Policiais Federais: o porte é federal.

- Militares das Forças Armadas: apenas os militares da ativa, da reserva remunerada, os reformados e os temporários, enquanto na ativa, têm porte garantido pelo Estatuto dos Militares (Lei n. 6.880/80).

- Deputados Federais e Senadores: o porte funcional deve ser solicitado, pelos Presidentes da Câmara e do Senado, ao Ministério da Justiça.
- Vigilantes de instituições financeiras e de transportadoras de valores: decorre da Lei n. 7.102/83. O porte só tem validade durante o horário de trabalho.
- Deputados Estaduais: devem solicitar ao Presidente da Assembléia, que fará solicitação ao Secretário de Segurança Pública. O porte tem validade durante o exercício do mandato.

Não têm porte funcional:

- Oficiais de Justiça.
- Vigilantes noturnos ou inspetores de quarteirão, ainda que cadastrados na Delegacia de Polícia.
- Oficiais da reserva não remunerada (reserva de 2.ª classe).
- Vereadores.
- Guardas municipais. A concessão do porte incumbe à Divisão de Produtos Controlados do DIRD na Capital de São Paulo, e às Delegacias Seccionais de Polícia nos demais municípios do Estado (Portaria DGP n. 3/2000).

MÓDULO XI

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Armas de Fogo

1. ART. 10 DA LEI N. 9.437/97

"Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pena: detenção de um a dois anos e multa

§ 1.° Nas mesmas penas incorre quem:

I – omitir as cautelas necessárias para impedir que menor de 18 anos ou deficiente mental se apodere de arma de fogo que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade, exceto para a prática do desporto quando o menor estiver acompanhado do responsável ou instrutor;

II – utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes;

III – disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que o fato não constitua crime mais grave;

§ 2.° A pena é de reclusão de dois anos a quatro anos e multa, na hipótese deste artigo, sem prejuízo da pena por eventual crime de contrabando ou descaminho, se a arma de fogo ou acessórios forem de uso proibido ou restrito.

§ 3.° Nas mesmas penas do parágrafo anterior incorre quem:

I – suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato;

II – modificar as características da arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito;

III – possuir, deter, fabricar ou empregar artefato explosivo e/ou incendiário sem autorização;

IV – possuir condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins.

§ 4.° A pena é aumentada da metade se o crime é praticado por servidor público".

1.1. Competência

A competência para processo e julgamento dos comportamentos descritos no art. 10 da Lei n. 9.437/97 é, como regra, da Justiça Comum Estadual, muito embora tenha o Exército a atribuição para fiscalizar a produção e a comercialização de produtos controlados, entre esses as armas de fogo. Também não desloca a competência para a Justiça Comum Federal a

mera apreensão de arma de fogo de uso privativo das Forças Armadas.

Contrabando de armas de fogo (art. 334 do CP) e art. 10 da Lei n. 9.437/97: o contrabando, desde que provada a sua existência e definida a sua autoria, atrairá os crimes definidos no art. 10 para o âmbito da competência da Justiça Federal.

Não se aplica a Lei n. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais) aos delitos definidos na Lei n. 9.437/97, pois todos eles são punidos, em abstrato, com pena máxima superior a um ano. Exceção será feita às hipóteses que comportem a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95), como veremos.

1.2. Ação Penal

Trata-se de ação penal pública incondicionada.

Considerando-se, em sua forma consumada, os delitos previstos no artigo 10, admite-se a suspensão condicional do processo em relação ao *caput* e ao § 1.°, porquanto a pena mínima prevista para ambos é de um ano de detenção.

1.3. Objetividade Jurídica

A incolumidade pública. Um certo nível de segurança para todos, enquanto valor social coletivo, como ensina DAMÁSIO DE JESUS.

1.4. Qualificação Doutrinária

Os crimes previstos no artigo 10, à exceção do definido no § 1.°, inc. I (culposo), são de mera conduta e dolosos.

1.5. Consumação e Tentativa

Os crimes de mera conduta satisfazem-se, para efeito de consumação, unicamente, com a realização do comportamento típico, independentemente da demonstração de perigo para determinada pessoa. A tentativa, como acontece com os crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado, é viável. Todavia, na prática, sua configuração é difícil, haja vista a quantidade de núcleos existentes.

2. INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO *CAPUT* DO ARTIGO 10

O *caput* do art. 10 da Lei n. 9.437/97, possui 18 núcleos. Trata-se de crime de ação múltipla ou de conteúdo variado. Se o agente praticar várias ações, desde que num mesmo contexto fático, responderá por uma única infração penal (aplicação do princípio da alternatividade).

O comportamento vincula-se à arma de fogo de uso permitido (objeto material do *caput*), cujo conceito estudamos no módulo anterior.

2.1. Núcleos do Tipo

Vejamos alguns dos núcleos do *caput*:

Possuir: Ter ou reter a arma de fogo de uso permitido em seu poder a qualquer título (proprietário ou simples possuidor). Há idéia de conduta mais duradoura, em contraposição com a mera detenção. O registro da arma de fogo torna lícito o comportamento, desde que a arma de fogo seja mantida em casa, em dependência dessa, ou no local de trabalho.

Portar: Trazer consigo junto ao corpo, nas vestes ou em uma pasta, com possibilidade de pronto uso. Lembra-se que o comportamento de transportar arma de fogo foi alçado à categoria de comportamento típico. Portar várias armas de fogo configura crime único. Se entre elas houver uma que seja de uso restrito, aplicar-se-á o § 2.° do art. 10.

A autorização de porte retira a ilicitude do comportamento.

Adquirir: Obter, ter incorporado ao seu patrimônio, a título gratuito ou oneroso.

O núcleo *adquirir* pode ser imputado ao agente, quando o porte ilegal da arma de fogo tiver sido absorvido na condição de crime meio para a prática de outro mais grave, como o homicídio tentado ou consumado, por exemplo.

Vender: alienar, mediante contraprestação, geralmente em dinheiro. Não se exige habitualidade.

Fornecer: prover alguém de arma de fogo, ainda que gratuitamente. Se o agente fornece arma de fogo a criança ou adolescente, responderá como incurso no art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97, que derrogou o art. 242 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). Há posição sustentando o enquadramento no ECA.

Ter em depósito: Reter a arma à disposição de terceira pessoa.

Transportar: Conduzir de um local para outro, em nome próprio ou de terceiro, utilizando-se de meio de transporte, afastada a hipótese de enquadramento no núcleo *portar*.

Guardar: Ter a arma de fogo à sua disposição.

O núcleo *guardar* pode ser imputado ao agente, quando o porte ilegal da arma de fogo tiver sido absorvido na condição de crime meio para a prática de outro mais grave, como o homicídio tentado ou consumado, por exemplo.

Ocultar: Cuida-se da retenção de arma de fogo clandestina, tendo sido dificultada sua localização por terceiros.

2.2. Elemento Normativo do Tipo

"Sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar".

2.3. Excludentes de Ilicitude

- *Estado de necessidade e porte ilegal*: Admissível desde que devidamente provado. Todavia, alegações que visam justificar o porte como as de transporte de valores, temor de assalto, transporte para vendê-la etc, não excluem a antijuridicidade do comportamento.

- *Legítima defesa e porte ilegal*: Se o agente arma-se para se defender, a excludente abrangerá o porte ilegal. Entretanto, se a legítima defesa ocorre *durante* o porte ilegal, o agente responderá por esse crime.

2.4. Prova Pericial

Imprescindível para a configuração do art. 10, *caput*. Somente a perícia poderá provar a capacidade vulnerante da arma de fogo. Essa, sem condições de efetuar disparo, não ofenderá o bem juridicamente tutelado (segurança coletiva).

A perícia ao examinar a arma de fogo também propiciará a sua classificação entre as de uso permitido ou restrito.

2.5. Confisco de Arma de Fogo

Nos termos do disposto no art. 91, II, “a”, do CP, há perda dos instrumentos do crime em favor da União, , desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito.

As armas de fogo, no *caput* do art. 10, constituem objeto material do delito e não instrumento da infração. Logo, no caso do *caput* não haverá possibilidade de confisco, que poderá ocorrer no crime descrito no inciso III do § 1.° do art. 10 (disparo de arma de fogo).

A liberação da arma de fogo ao proprietário dependerá, à evidência, da sua regularização perante a autoridade competente para o registro.

3. O ARTIGO 10, *CAPUT*, E A LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS

O *caput* do artigo 10 derrogou os artigos 18 e 19 da Lei de Contravenções Penais. Citadas contravenções aplicam-se às armas brancas e às munições.

MÓDULO XII

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Lei das Armas de Fogo

Luiz Fernando Vaggione

1. ARTIGO 10, § 1.º

1.1. Inciso I

"Omitir as cautelas necessárias para impedir que menor de 18 (dezoito) anos ou deficiente mental se apodere de arma de fogo que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade, exceto para a prática do desporto quando o menor estiver acompanhado do responsável ou instrutor".

Trata-se do único crime culposo da lei, inspirado no dever que a todos os proprietários de armas de fogo incumbe, que é o de guardá-las com a devida cautela, evitando que fiquem ao alcance de terceiros, principalmente de menores (art. 12 do Dec. n. 2.222/97) ou deficientes mentais. Pune-se, portanto, a negligência.

O delito tem dupla objetividade jurídica. Tutela-se a segurança coletiva e a incolumidade física dos indivíduos citados no tipo.

Cuida-se de crime próprio, já que a conduta deve ser de sujeito com qualidade especial, ou seja, o crime ora analisado deve ser praticado pelo proprietário ou mero possuidor da arma de fogo.

Menores de 18 anos (crianças e adolescentes) e os deficientes mentais são os sujeitos passivos da infração. Tratando-se, no entanto, de pessoas *inexperientes no manejo de armas*, continuam ainda sendo objeto de proteção no art. 19, § 2.º, "b", da Lei de Contravenções Penais.

O crime é material ou de resultado, porquanto exige-se o efetivo apoderamento da arma de fogo por menor de 18 anos ou deficiente mental. Tal situação fática representa um resultado naturalístico necessário à configuração do delito.

Para o Prof. DAMÁSIO, entretanto, o crime é de lesão ao bem jurídico tutelado (segurança coletiva) e de mera conduta. Assim, só o fato de o agente deixar a arma de fogo ao alcance de menores de 18 anos ou deficientes mentais já configuraria a infração.

A arma de fogo é o objeto material da infração. Embora seja necessário que esteja apta à realização de disparos, não é imprescindível que ela esteja municiada. O menor de 18 anos ou o deficiente mental poderão fazê-lo facilmente. Aliás, no Ministério Público de São Paulo, sustenta-se expressamente a desnecessidade: Tese n. 145 (Recursos Extraordinários e Especiais): *O art. 10 da Lei n. 9.437/97 não exige esteja a arma municiada* (*DOE* de11.10.00, p.26).

A consumação, considerando ser o crime material, ocorre no momento da efetiva apreensão da arma de fogo pelos indivíduos já mencionados. A tentativa, indubitavelmente, é impossível, por se tratar de crime culposo.

Não há crime se o menor de 18 anos apossar-se de arma de fogo para a prática do desporto, desde que acompanhado do responsável ou do instrutor de tiro.

A pena imposta merece críticas. Incoerentemente, o legislador estendeu ao crime culposo a mesma pena do comportamento doloso: entrega, fornecimento de arma de fogo. Para contornar o problema, o Prof. DAMÁSIO sugere uma adequação no momento da dosimetria da pena.

Verificando-se a entrega *dolosa* para criança ou adolescente, utiliza-se para enquadramento típico o art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97 (Lei de Armas de Fogo e Assemelhados), em detrimento do art. 242 do ECA (Lei n. 8.069/90). O art. 242, cuja pena é mais branda (mínimo legal de seis meses), foi derrogado pelo art. 10, *caput*.

1.2. Inciso II

"Utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar outrem, para o fim de cometer crimes".

Pretende-se punir no inc. II a conduta daquele que utiliza arma de brinquedo na prática de crimes.

A redação do dispositivo é incompreensível. Pressupõe-se que a intenção do legislador era a de tipificar penalmente o porte de arma de brinquedo, o que, também, não deixa de ser uma intenção, no mínimo, controvertida. Essa é a conclusão que extraímos da análise do elemento subjetivo especial do tipo *para o fim de cometer crimes*. Ora, inserindo o verbo *utilizar*, concluiu-se que a arma de brinquedo deve ser efetivamente usada para o cometimento de uma infração penal, o que é incompatível com a redação do tipo, que aponta uma intenção, ou seja, algo que poderia se concretizar no futuro. Por tal razão, o Prof. LUIZ FLÁVIO GOMES aponta a redação como autodestrutiva. O tipo é, assim, inaplicável.

Para o Prof. DAMÁSIO, o inc. II do § 1.° do art. 10 é inconstitucional. Duas são as razões apontadas: 1.ª – a redação típica confusa e autodestrutiva; 2.ª – a violação do princípio constitucional da ofensividade. Por outras palavras, o objeto *arma de brinquedo* não ofende a objetividade jurídica da lei, que é a segurança coletiva, só posta em risco por armas de fogo.

Há, no entanto, posicionamento distinto que pressupõe a validade da figura típica. Para que isso seja possível, onde se lê *para o fim de cometer crimes*, leia-se *na prática de crimes*. Trata-se de uma manobra inadmissível, segundo nosso modo de ver, ante o princípio da taxatividade dos comportamentos penais, a exigir uma interpretação estrita do tipo penal. Mas, malgrado a crítica ora feita, as posições que ora veremos procuram, pelo menos, evitar o *bis in idem* em matéria penal com o crime de roubo circunstanciado (inc. I do § 2.° do art. 157 do código Penal). A primeira posição, pressupõe a validez da Súmula n. 174 do Superior Tribunal de Justiça: *No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento de pena*. Para essa primeira corrente, praticado o crime de roubo com *arma de brinquedo*, o agente responderá como incurso, exclusivamente, no art. 157, § 2.°, inc. I, do Código Penal, que absorverá o crime previsto na Lei de Armas de Fogo. A segunda posição parte da premissa de que a Súmula n. 174 deve ser ignorada. Assim, o autor do roubo responderá como incurso no art. 157, *caput* , do Código Penal – porquanto a *arma de brinquedo* não pode ser equiparada à arma de fogo para o efeito de circunstanciar o crime de roubo – e no art. 10, § 1.°, II, da Lei n. 9.437/97.

1.3. Inciso III

"Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em

suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que o fato não constitua crime mais grave".

Disparar, que constitui o núcleo do tipo, significa atirar, desfechar, descarregar uma arma de fogo. Referida conduta pode ser praticada por qualquer pessoa, o que nos leva a concluir que o crime é comum. *Acionar* munição, por sua vez, significa deflagrá-la, utilizando o agente de outros meios, excetuado o emprego de arma de fogo (exposição da munição ao calor, por exemplo). O elemento subjetivo do tipo é o dolo.

O Dec. n. 3.665/00, que deu nova redação ao Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105), define arma de fogo como sendo aquela que *arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar a continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil* (art. 3.°, XIII).

No que diz respeito à munição, o Decreto supracitado estabelece que consiste no *artefato completo (projétil, estojo, pólvora, espoleta) pronto para carregamento e disparo de uma arma, cujo efeito desejado pode ser: destruição, iluminação ou ocultamento do alvo; efeito moral sobre pessoal; exercício, manejo; outros efeitos especiais* (art. 3.°, LXIV).

Elemento espacial do tipo: a conduta deve ser praticada em local habitado, nas suas adjacências, na via pública ou em direção à via pública.

Tratando-se de local habitado, não importa a quantidade de pessoas que nele resida ou esteja presente. Mas, tratando-se de um local ermo a ponto de ser considerado desabitado, não haverá crime.

No que diz respeito à via pública, mesmo situada em local ermo, sempre haverá infração.

A *consumação* ocorre com o disparo ou acionamento de munição (crime de mera conduta). A tentativa é possível, pois se trata de delito plurissubsistente, na hipótese da não realização do disparo por circunstâncias alheias à vontade do agente (ex.: defeito da arma ou da munição).

Confisco da arma de fogo: única hipótese da Lei de Armas na qual o confisco é possível, porquanto no inc. III a arma de fogo é instrumento do crime. Aplica-se, portanto, o art. 91, II, "a", do Código Penal, desde que consistam em armas de fogo cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção, constitua fato ilícito. Nas demais hipóteses do art. 10 (*caput* e demais figuras do § 1.º ou do § 3.º), a arma de fogo é objeto material do delito, sendo impossível o confisco.

Concurso de crimes: o disparo de arma de fogo é figura penal subsidiária. O preceito primário da norma traz a expressão: *desde que o fato não constitua crime mais grave*. Logo, o homicídio consumado ou tentado, a lesão grave ou gravíssima, por serem infrações mais graves, absorverão o disparo. Na hipótese de lesão leve ou constrangimento ilegal, a solução será inversa.

O que acima foi dito não exclui a possibilidade de ser imputado ao agente outros comportamentos consumados anteriormente (ex.: aquisição, guarda ou ocultação ilegais de armas de fogo, aplicando-se o concurso material).

Nota: Os crimes definidos no *caput* e no § 1.° do art. 10 da Lei de Armas são punidos com detenção de um a dois anos e multa. Assim, segundo o disposto no art. 61 da Lei n. 9.099/95, não são infrações de pequeno potencial

ofensivo, haja vista a pena máxima cominada em abstrato, superar um ano. É de se ver, todavia, que a Lei n. 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, no seu art. 2.°, par. ún., amplia o rol dos crimes de menor ofensivo alcançando aqueles punidos com, no máximo, dois anos. Esse novo tratamento legal, segundo a opinião majoritária atualmente, alcança, também, as infrações de competência da Justiça Comum Estadual. Logo, a partir de janeiro de 2002, a vigorar o entendimento atual, os crimes previstos no art. 10, *caput* e § 1.° serão da competência dos Juizados Especiais Criminais.

2. ARTIGO 10, § 2.º

Trata-se de qualificadora que eleva a pena privativa de liberdade (prevista para o *caput e § 1.°)* para, no mínimo, dois e, no máximo, quatro anos de reclusão. A sua incidência é restrita aos comportamentos que estão no *caput* e aquele previsto no § 1.º, III, do art. 10 da Lei de Armas de Fogo. Não se aplica ao § 1.º, I, porque cuida de crime culposo. O mesmo ocorre em relação ao § 1.º, II, porque se trata de *arma de brinquedo*. Também não se aplica ao § 3.º, porque aos comportamentos típicos nele previstos é cominada a mesma pena. Ao § 4.º não se aplica por se tratar de uma causa de aumento.

Sendo possível a aplicação, por se tratar do *caput* ou do § 1.º, III, é necessário entender o que é arma de uso restrito. Sua definição esta prevista no art. 3.º, XVIII, do Dec. n. 3.665/01 e os parâmetros técnicos estão disciplinados no mesmo decreto em seu art. 16.

Podemos dizer, de um modo geral, que são de uso restrito as armas

automáticas, os revólveres ou pistolas semi-automáticas (cujo calibre é superior a .380 mm), os fuzis e os acessórios que permitam potencializar o uso da arma de fogo ou dificultar sua localização (equipamentos para visão noturna, silenciadores de tiro, quebra-chamas), as armas dissimuladas, as armas de fogo de alma lisa , de calibre superior ao doze etc. Em alguns casos, só a perícia poderá indicar se a arma de fogo é de uso restrito.

A denominação *armas de fogo de uso proibido* foi abolida.

3. ARTIGO 10, § 3.º

3.1. Inciso I

“Suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato”.

Suprimir significa eliminar, extinguir, apagar, a numeração existente na arma de fogo, dificultando, assim, a descoberta de sua origem. *Alterar*, por sua vez, consiste na modificação da numeração, inserindo ou suprimindo números ou letras. Observa-se, pois, que a conduta de *portar* arma de fogo, cuja numeração foi suprimida ou alterada, não constitui comportamento típico.

A competência é da Justiça Comum Estadual. Embora o comportamento típico vise burlar o controle de armas de fogo realizada pelo SINARM, órgão criado no âmbito da Polícia Federal, sob a coordenação do Ministério da Justiça, não se vislumbra na hipótese um interesse direto a propiciar a aplicação do art. 109, inc. IV, da Constituição Federal.

O sujeito ativo do crime é qualquer pessoa (crime comum).

A consumação ocorre com a efetiva supressão ou alteração dos sinais de identificação, sendo admissível a forma tentada.

A sanção é a mesma cominada ao § 2.°, ou seja, reclusão de dois a quatro anos, e multa.

3.2. Inciso II

"Modificar as características da arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito".

Como já salientamos anteriormente, a nomenclatura *uso proibido* foi abolida (art. 3.°, LXXX, do Dec. n. 3.665/00). Armas de fogo de *uso restrito* são aquelas controladas pelo Exército, que só podem ser utilizadas pelas Forças Armadas, por algumas Instituições de Segurança e por pessoas físicas ou jurídicas habilitadas.

Como salienta FERNANDO CAPEZ, a lei incriminou o que deveriam ser atos preparatórios. No entanto, no momento em que o agente procede às alterações das características, passa a possuir arma de fogo de uso restrito, incorrendo na primeira conduta do art. 10, *caput* ("possuir"), impondo-se-lhe a qualificadora do § 2.º. A primeira conduta – inc. II do § 3.º – ficará absorvida por força do princípio da consunção, como meio necessário impunível. Na prática, o dispositivo terá rara aplicação.

As modificações que interessam à figura típica são aquelas efetuadas no comprimento do cano ou em sua alma (parte interna do cano), no calibre, no funcionamento (de repetição, semi-automática ou automática), entre outras.

O crime consuma-se com a efetiva alteração, sendo viável a tentativa.

A pena é a mesma reservada ao § 2.° do art. 10 da Lei n. 9.437/97.

3.3. Inciso III

"Possuir, deter fabricar ou empregar artefato explosivo e/ou incendiários sem autorização".

O novo dispositivo traz dois núcleos do tipo que se encontram no art. 253 do Código Penal, ou seja, *fabricar* e *possuir*. Tanto o inc. III, ora estudado, quanto o art. 253 do Código Penal referem-se a um mesmo objeto material: *explosivo.* Concluímos, então, que *possuir* ou *fabricar* engenho ou artefato *explosivo* são condutas que doravante serão tipificadas no inc. III do § 3.° do art. 10 da Lei n. 9.437/97. O mesmo ocorrerá com os comportamentos de *fornecer*, *adquirir* e *transportar*, porquanto para praticá-los é necessário *deter* o explosivo. Observe o quadro abaixo, referente ao supracitado objeto material:

Explosivo

Art. 253 do CP	Art. 10, § 3.º , III, da Lei n.° 9.437/97
Fabricar	Fabricar
Possuir	Possuir
Fornecer	Deter (abrange fornecer, adquirir e transportar).
Adquirir	Empregar

Transportar	

Objetos Materiais

Art. 253 do CP	Art. 10, § 3.º, III, da Lei n.° 9.437/97
Engenho explosivo	Artefato explosivo
Substância explosiva	Artefato incendiário
Gás tóxico	Artefato explosivo e incendiário
Gás asfixiante	
Material para fabricação de gases asfixiantes ou tóxicos	

Salvo explosivos, os demais objetos materiais mencionados no art. 253 do Código Penal (substância explosiva, gás tóxico, gás asfixiante e material para fabricação de gases asfixiante e tóxico), como se vê no quadro, não estão previstos no art. 10, § 3.º, III, da Lei de Armas. Portanto, em relação a eles, aplica-se o art. 253 do Código Penal.

Atenção: Tanto o art. 253 do Código Penal quanto o inc. III do § 3.º do art. 10 da Lei de Armas são crimes de perigo. Assim, se ocorrer efetiva explosão, que ponha em risco a vida ou o patrimônio de outrem, aplicaremos o art. 250 ou 251 do Código Penal.

Exige-se prova da potencialidade lesiva dos artefatos, o que se fará por perícia.

Consuma-se a infração com o mero comportamento típico. Há consenso quanto à possibilidade de tentativa nas condutas fabricar e empregar.

A pena é a mesma reservada ao previsto no § 2.° do art. 10 da Lei n. 9.437/97.

3.4. Inciso IV

Possuir condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins.

Trata-se de qualificadora que eleva a pena de um mínimo de 2 anos ao máximo de 4 anos de reclusão. Para que isso ocorra é necessário que por parte do réu tenha havido a prática do comportamento definido no *caput* do art. 10 ou no § 1.º, III (disparo de arma de fogo). A qualificadora não incidirá no § 1.º, I, porque cuida de crime culposo. Tampouco no § 1.º, II, porque nesse inc. trata-se de *arma de brinquedo*. Não se aplica, ainda, aos três primeiros incs. do § 3.º, em razão da pena a esses cominadas: é idêntica à da qualificadora. E finalmente, não se aplica ao § 4.º que institui causa de aumento.

Apurada a responsabilidade penal de indivíduo pelo cometimento de crime definido no *caput* ou no § 1.º, III, do art. 10 da Lei de Armas, se possuir condenação anterior por crime contra pessoa, patrimônio ou tráfico de entorpecentes, será possível aplicar o inc. IV (qualificadora). Como os crimes indicados pelo legislador incluem algumas infrações de pequena gravidade, será necessário analisar criteriosamente as hipóteses, fazendo incidir o inc. IV só quando a condenação anterior revelar a índole agressiva do autor.

4. ARTIGO 10, § 4.º

Aumenta-se a pena de metade quando o agente for servidor público. O conceito é mais abrangente do que o de funcionário público. Estão incluídos todos aqueles que estão ligados à Administração Pública por uma relação de caráter profissional. Exige-se, todavia, que o crime praticado esteja relacionado com a função pública por ele exercida.

Só não se aplica ao § 1.º, I, do art. 10 da Lei de Armas.

MÓDULO XIII

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Praça Almeida Júnior, 72 – Liberdade – São Paulo – SP – CEP 01510-010
Tel.: (11) 3346.4600 – Fax: (11) 3277.8834 – www.damasio.com.br

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Código de Trânsito Brasileiro – Lei n. 9.503/97

Luiz Fernando Vaggione

1. VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

O Código de Trânsito Brasileiro foi publicado em 23.9.1997, prevendo *vacatio legis* de 120 dias, o que implicou que entrasse em vigor em 22.1.1998.

2. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E DA LEI n. 9.099/95

Consoante dispõe o art. 291, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro, aplicam-se subsidiariamente as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, bem como a Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais), no que couber.

O par. ún. do art. 291, por sua vez, determina a aplicação da composição civil, da transação penal e da representação (arts. 74, 76 e 88 da Lei n. 9.099/95) aos crimes de lesão corporal culposa de trânsito (art. 303), embriaguez ao volante (art. 306) e "racha" (art. 308). Devemos interpretar o parágrafo à luz do *caput*, isto é, podemos utilizar os institutos mencionados acima, desde que compatíveis com os crimes indicados no parágrafo. Assim, em relação à lesão corporal, incidem os arts. 74, 76 e 88, enquanto que à

embriaguez e ao “racha” só é viável a transação penal, devido à inexistência de vítima definida. A aplicação desses institutos se fará no juízo criminal comum, porque incompatível o procedimento do juizado a essas infrações.

Nota: a Lei n. 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Civis e Criminais no âmbito da Justiça Comum Federal, previu no par. ún. do art. 2.° que são consideradas infrações penais de menor potencial ofensivo os crimes a que a lei comine pena não superior a dois anos. Tratando-se de lei federal posterior à Lei n. 9.099/95 e que se utiliza do mesmo critério para definir infrações de menor potencial ofensivo (pena máxima abstrata), entende-se, atualmente, que o rol dessas infrações será ampliado (a partir de janeiro de 2002). Assim, salvo a embriaguez ao volante, cuja pena máxima é de três anos de detenção, a lesão culposa de trânsito (art. 303) e o “racha” (art. 308) passarão a ser, genuinamente, crimes de menor potencial ofensivo, aplicando-se o procedimento reservado a tais infrações.

Há, no entanto, à luz da Lei n. 9.099/95, sete infrações que já são consideradas de pequeno potencial, a saber: 1.ª) art. 304 (omissão de socorro); 2.ª) art. 305 (fuga do local); 3.ª) art. 307 (violação de suspensão ou proibição para dirigir); 4.ª) art. 309 (falta de habilitação); 5.ª) art. 310 (entrega da direção de veículo automotor a determinadas pessoas); 6.ª) art. 311 (excesso de velocidade em determinados lugares); 7.ª) art. 312 (fraude na apuração de crime de trânsito com vítima).

3. SUSPENSÃO OU PROIBIÇÃO DE SE OBTER A PERMISSÃO OU A HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR

A suspensão pressupõe a permissão ou habilitação já concedida, enquanto a proibição é aplicada a aquele que ainda não obteve uma ou outra. Essa interdição de direitos está disciplinada nos arts. 292, 293, 294 e 296 do Código de Trânsito Brasileiro, podendo ser imposta na sentença ou cautelarmente, como veremos a seguir:

- *Imposição na sentença penal condenatória*:

1.ª hipótese: quando a interdição estiver prevista no preceito secundário da norma, como sanção. É o que ocorre nas seguintes figuras típicas: homicídio culposo de trânsito (art. 302); lesão corporal culposa de trânsito (art. 303); embriaguez ao volante (art. 306); violação de suspensão ou proibição para dirigir (art.307); "racha" (art. 308).

2.ª hipótese: reincidência em crime de trânsito. Nesse caso o juiz *poderá* impor a suspensão ou a proibição para dirigir. Trata-se, como se percebe, de uma faculdade do magistrado, que se norteará pelas circunstâncias do caso concreto. Embora não haja previsão expressa, aplica-se subsidiariamente o art. 64, I, do Código Penal (prescrição da reincidência). Frisamos, ainda, existir entendimento no sentido de que o crime anterior deve ter sido cometido na vigência do Código de Trânsito Brasileiro.

Nota: o tempo de interdição para as duas hipóteses acima indicadas está previsto no art. 293 do Código de Trânsito Brasileiro: dois meses a cinco anos.

- *Imposição como medida cautelar*: pode ser imposta pelo juiz em qualquer fase do inquérito policial ou do processo penal, de ofício ou a

requerimento, mas é necessário que a ordem pública esteja sob risco. Entenda-se ordem pública como segurança no tráfego de veículos.

O Código de Trânsito Brasileiro derrogou o inc. III do art. 47 do Código Penal, que trata da suspensão da *autorização* ou da *habilitação* para a condução de veículo automotor. Isso sucedeu porque o art. 47, inc. III, do Código Penal só é aplicável aos crimes culposos de trânsito (homicídio culposo e lesão corporal culposa), nos termos do art. 57 do Código Penal. Ocorre que, para o homicídio ou a lesão culposos de trânsito, o Código de Trânsito Brasileiro previu expressamente a imposição da interdição ora estudada no preceito secundário da norma, como acima vimos. Restaria a suspensão da *autorização* para conduzir veículo automotor, não prevista no Código de Trânsito Brasileiro.

4. MULTA REPARATÓRIA

Está prevista no art. 297 do Código de Trânsito Brasileiro, havendo no seu confronto animada controvérsia. As objeções postas à sua aplicação são a ausência de previsão expressa no Código de Trânsito Brasileiro quanto aos crimes nos quais possa ser imposta e a não regulamentação do modo de aplicação.

De qualquer forma, a multa reparatória, consoante disposto no art. 297, consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima ou de seus sucessores, de quantia calculada com base no § 1.º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material decorrente de infração de trânsito. Nos termos do par. ún. do art. 297 do Código de Trânsito Brasileiro, a multa reparatória não pode exceder o valor do prejuízo demonstrado no processo.

Trata-se de uma sanção penal com destinação civil, já que se destina à vítima ou aos seus sucessores, razão pela qual se distingue da multa prevista no Código Penal, na qual o valor arrecadado é direcionado aos cofres públicos. Distingue-se, outrossim, da prestação pecuniária (art. 43, inc. I, do Código Penal), pois essa é sanção alternativa, substitutiva da pena privativa de liberdade. A multa reparatória, ao contrário, não afasta a pena privativa de liberdade.

5. CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES

Estão previstas no art. 298 do Código de Trânsito Brasileiro e são em número de sete, sendo tal rol fechado (inadmissível o emprego de analogia). Assim, comete-se a infração de trânsito:

- Com dano potencial para duas ou mais pessoas ou com grande risco de grave dano patrimonial a terceiros. Referida agravante não incide nos crimes de resultado, nos quais a situação de risco – evidenciada pelo emprego das expressões *dano potencial* e *grande risco* – foi superada pela produção do evento lesivo.

- Utilizando veículo sem placas, com placas falsas ou adulteradas. Se o autor da falsificação ou adulteração for o mesmo da infração de trânsito, responderá também pelo crime definido no art. 311 do Código Penal, em concurso material (objetividades jurídicas distintas: segurança no tráfego de veículo e fé pública).

- Sem possuir permissão ou habilitação para dirigir. Inaplicável ao homicídio culposo de trânsito (art. 302), à lesão culposa de trânsito

(art. 303) e à falta de habilitação (art. 309). No caso dos crimes culposos supracitados, a agravante coincide com causa de aumento (arts. 302, par. ún., inc. I, e 303, par. ún., ambos do Código de Trânsito Brasileiro). No caso do art. 309, falta de permissão ou habilitação são elementares do tipo.

- Com permissão ou habilitação de categoria diversa da exigida para determinado veículo automotor. As categorias de habilitação estão disciplinadas no art. 143 do Código de Trânsito Brasileiro. O inc. IV também não se aplica aos arts. 302, 303 e 309 do Código de Trânsito Brasileiro, pelas razões já expostas no inciso antecedente.

- Quando a profissão ou a atividade do condutor exigirem cuidados especiais com o transporte de passageiros ou carga. A circunstância – transporte de passageiros – foi eleita como causa de aumento nos arts. 302 e 303 do Código de Trânsito Brasileiro. Logo, a esses crimes, ela é inaplicável.

- Utilizando veículo em que tenham sido adulterados equipamentos ou características que afetem a sua segurança ou o seu funcionamento de acordo com os limites de velocidade prescritos nas especificações do fabricante. O legislador pretendeu evitar, por exemplo, a "preparação" (envenenamento) de motores.

- Sobre faixa de trânsito temporária ou permanente destinada a pedestres. Mais uma vez, a agravante não incidirá sobre o homicídio e a lesão culposos de trânsito. Nesses delitos, a circunstância em estudo representa uma causa de aumento de pena (arts. 302, par. ún., inc. II, e 303, par. ún., ambos do Código de Trânsito Brasileiro).

O *quantum* de aumento fica ao prudente arbítrio do juiz. As agravantes são de aplicação obrigatória, excetuadas duas situações: a primeira, quando a agravante coincidir com elementar do tipo; a segunda, quando for idêntica à causa de aumento de pena prevista para o delito em espécie. Tais exceções visam evitar um *bis in idem* em matéria penal. As agravantes previstas no art. 298 do Código de Trânsito Brasileiro não impedem a aplicação das agravantes genéricas do Código Penal (art. 61). Como observa DAMÁSIO DE JESUS, o art. 298 não pode incidir quando a pena-base for fixada no máximo, dada a impossibilidade de agravar a pena além do máximo abstrato.

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Código de Trânsito Brasileiro – Lei n. 9.503/97

Luiz Fernando Vaggione

1. HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL CULPOSOS DE TRÂNSITO

"Art. 302 – Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:

Penas: detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de um terço à metade, se o agente:

I – não possuir permissão para dirigir ou carteira de habilitação;

II – praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada;

III – deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente;

IV – no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros".

"Art. 303 – Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor:

Penas: detenção, de seis meses a dois anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena de um terço à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do parágrafo do artigo anterior.”

São crimes especiais em relação aos definidos nos arts. 121, § 3.º, e 129, § 6.º, do Código Penal, deles se destacando por serem cometidos na direção de veículo automotor. Como se observa, não é suficiente que o resultado decorra de acidente de trânsito. É imprescindível, também, que a morte ou a produção de ferimentos sejam provocadas, culposamente, por alguém que se encontre na direção de um veículo automotor. Assim, se um pedestre, agindo culposamente, der causa aos resultados acima apontados, seu comportamento será enquadrado no Código Penal.

1.1. Redação Típica dos Arts. 302 e 303 do Código de Trânsito Brasileiro

Sem dúvida alguma, a redação dada às duas figuras típicas é, no mínimo, inusitada. Como acentuou DAMÁSIO DE JESUS, “nunca houve maneira mais estranha de descrever delito”. Com efeito, O verbo *praticar* não traduz o comportamento vedado, ao contrário do que ocorre com os núcleos em outros tipos penais: matar, ofender, constranger, subtrair, obter. É por essa razão que se chegou a sustentar a inconstitucionalidade dos dispositivos em estudo. Alegou-se a ofensa ao princípio da taxatividade dos tipos penais, em função de uma redação vaga e imprecisa do comportamento que se pretende punir. Não obstante a aparente pertinência da objeção, a jurisprudência não tem dado guarida à tese da inconstitucionalidade. Na verdade, a compreensão exata da

conduta proibida pela norma é facilmente alcançável com o auxílio das definições típicas, inseridas nos arts. 121, § 3.º e 129, § 6.º, ambos do Código Penal, ou seja, matar ou ofender culposamente outrem. Os crimes que ora enfocamos são *remetidos*. Crimes remetidos são identificados quando a norma incriminadora faz menção a outra que a integra, que a completa. Pode o legislador inserir, no novo tipo penal, menção a outro crime, quer se referindo ao número do artigo, quer destacando o *nomem juris* da infração complementar. Há exemplo da primeira hipótese no art. 304 do Código Penal, no qual há referência aos crimes definidos nos arts. 297 a 302 do Código Penal. Quanto ao segundo caso, lembramos o art. 1.º, § 3.º, 1.ª Parte, da Lei de Tortura (Lei n. 9.455/97), no qual existe a definição da tortura qualificada pela lesão grave ou gravíssima ou pela morte.

1.2. Objetividade Jurídica

Os crimes definidos nos arts. 302 e 303 tutelam, respectivamente, a vida e a incolumidade física dos indivíduos.

1.3. Qualificação Doutrinária

Ambos os delitos são materiais ou de resultado, consumando-se no momento da produção da morte ou das lesões corporais. Sendo crimes culposos, é inadmissível a tentativa.

1.4. Sujeito Ativo das Infrações – Arts. 302 e 303

Trata-se de condutor de veículo automotor. Pode-se afirmar, assim, que o

crime é próprio, porquanto exige sujeito com qualidade especial. Admite-se o concurso de pessoas nos crimes culposos. A propósito, o Supremo Tribunal Federal reiteradamente afirma que os pais que, por ação ou omissão, entregam veículo automotor ao filho não habilitado respondem por eventuais resultados lesivos. Nesse sentido: *HC* n. 3.790-3. Quem concorre para a consumação dos delitos culposos é considerado co-autor. Suponha que o passageiro induza o motorista a imprimir velocidade excessiva ao veículo, vindo a ocorrer, por tal motivo, o atropelamento e a morte de um pedestre. Houve, evidentemente, uma conjugação de vontades na infração ao dever de cuidado objetivo necessário.

1.5. Veículo Automotor

Estão definidos no Anexo I do Código de Trânsito Brasileiro: "Todo veículo a motor de propulsão[1] que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículos utilizados para o transporte de pessoas e coisas. O termo compreende os veículos conectados a uma linha elétrica e que não circulam sobre trilhos (ônibus elétrico)".

Ciclomotores são veículos automotores que se destacam por especificações peculiares. Também foram definidos pelo Código de Trânsito Brasileiro, no mesmo Anexo I: "Veículo de duas ou três rodas, provido de um motor de combustão interna, cuja cilindrada não exceda a cinqüenta centímetros cúbicos (3,05 polegadas cúbicas) e cuja velocidade máxima de fabricação não exceda a cinqüenta quilômetros por hora". O Código de Trânsito Brasileiro, ao definir o ciclomotor, o fez sem agregar o vocábulo automotor. Tal circunstância não o afasta do conceito de veículo automotor.

[1] Sistema ou mecanismo destinado ao deslocamento do veículo.

Também assim agiu o legislador ao definir a caminhonete e a camioneta, sendo impensável excluí-los do alcance da definição legal ora enfocada.

1.6. Elemento Espacial do Tipo

Ao contrário do que verificamos em outros tipos penais, o legislador não inseriu nos arts. 302 e 303 a expressão "em via pública". Confira, por exemplo, a redação dada à embriaguez ao volante (art. 306); à competição automobilística não autorizada (art. 308); à falta de habilitação ou de permissão para dirigir (art. 309). Disso decorre que o homicídio culposo e a lesão corporal culposa no trânsito de veículos podem ser cometidos em vias públicas ou privadas.

1.7. Formas da Culpa

A inobservância do cuidado objetivo necessário ocorre por meio da imprudência, da negligência ou da imperícia. Aplica-se o art. 18, inc. II, do Código Penal: "Diz-se crime culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia".

A imprudência consiste na prática de um comportamento perigoso, tal como dirigir um veículo automotor numa via pública, imprimindo-lhe velocidade incompatível com a segurança.

A negligência, por sua vez, consiste na ausência de precaução ou indiferença em relação ao ato realizado. O sujeito, ensina DAMÁSIO DE JESUS, deixa de fazer alguma coisa que a prudência recomenda, algo imposto pela ordem jurídica.

Imperito é o indivíduo que não dispõe de aptidão para o exercício de arte ou profissão. Nos crimes examinados é a falta de conhecimento teórico ou prático para dirigir veículo automotor.

1.8. Consumação e Tentativa

O homicídio culposo consuma-se com a morte da vítima. As lesões culposas, com a produção de ferimentos leves, graves ou gravíssimos no ofendido. O crime, já dissemos, é material, ou seja, de conduta e resultado.

A tentativa, por sua vez, é impossível nos crimes culposos. Como ensina ANÍBAL BRUNO, "... falta-lhes o dolo e sem o dolo a tentativa não se constitui. Nem há neles alguma coisa que na realidade se possa chamar começo de execução. O crime culposo não tem existência real fora do resultado"[2].

1.9. Sanções Penais

O preceito secundário do art. 302 prevê a pena de detenção, de 2 a 4 anos, e suspensão ou proibição para obter a permissão ou a habilitação para conduzir veículo automotor. Em relação à pena privativa de liberdade, ressaltamos que o mínimo cominado em abstrato inviabiliza a suspensão condicional do processo, ante o não atendimento do requisito objetivo definido no art. 89 da Lei n. 9.099/95, salvo o caso de arrependimento posterior (art. 16 do CP). No caso de condenação, cuidando-se de crime culposo, é indiferente a quantidade de sanção privativa de liberdade imposta na sentença para os fins de substituição por pena alternativa. Quando isso for inviável pela não satisfação de requisitos subjetivos, poderá ser viável a suspensão condicional

[2] *Direito Penal:* Parte Geral, Tomo II. Rio de Janeiro:Forense, 1967. p. 242.

da pena, desde que a sanção imposta na sentença não exceda 2 anos, excetuado o s*ursis* etário e o humanitário (art. 77, § 2.º, do CP). Caso o efetivo encarceramento seja necessário, o regime inicial será o aberto ou, excepcionalmente, o semi-aberto (art. 33 do CP).

No caso das lesões corporais culposas, cometidas no trânsito de veículos automotores (art. 303), as sanções previstas são a de detenção, de 6 meses a 2 anos, e suspensão ou proibição de obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. É cabível, conseqüentemente, a proposta de suspensão condicional do processo (*sursis processual*); a substituição por penas alternativas e/ou multa; a suspensão condicional da pena.

Vimos que, em ambos os delitos, há a cominação da proibição ou da suspensão do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir. Aplica-se o art. 293 do Código de Trânsito Brasileiro para a fixação do tempo de cumprimento reservado à essa sanção: 2 meses a 5 anos.

1.10. Perdão Judicial

Embora não esteja previsto expressamente no Código de Trânsito Brasileiro, aplica-se o Código Penal. Seria medida injusta negá-lo àqueles condutores de veículos automotores atingidos duramente pelas conseqüências da infração. Nem mesmo o veto do art. 300, que disciplinaria o instituto no CTB, pode ser levantado para inviabilizar o perdão judicial, pois a leitura das razões que fundamentaram o ato do Presidente da República indica que o instituto já estava disciplinado de forma mais ampla no Código Penal. A norma que define o perdão judicial não pode ser considerada especial, tal como não o é o conceito de funcionário público inserido no art. 327 do Código Penal.

1.11. Ação Penal

A ação penal é pública incondicionada no caso do art. 302 do CTB. Condicionada à representação na hipótese do art. 303 do mesmo Código, nos termos do par. ún. do art. 291 do CTB e do art. 88 da Lei n. 9.099/95. O rito a ser seguido é o sumário, previsto no art. 539 do Código de Processo Penal.

1.12. Competência

Fixar-se-á em função do local onde houve o comportamento culposo que infringiu o dever de cuidado objetivo necessário (STJ, *RT* 574/357 e 667/338).

1.13. Juizados Especiais Criminais

Os crimes ora estudados não são infrações de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 61 da Lei n. 9.099/95. No entanto, é possível que, com a entrada em vigor da Lei n. 10.259/01 (Juizados Especiais Criminais Federais), seja alcançada a lesão corporal culposa no trânsito de veículos automotores porquanto a sua pena máxima não supera 2 anos. Essa é a orientação doutrinária preponderante. Devemos, agora, aguardar a jurisprudência a partir de janeiro de 2002.

1.14. Causas de Aumento de Pena

A pena será aumentada de um terço à metade, no homicídio ou na lesão corporal, nos termos do disposto nos parágrafos únicos dos arts. 302 e 303, se o agente:

I – Não possuir permissão para dirigir ou Carteira Nacional de Habilitação. A causa de aumento afasta a aplicação do inc. III do art. 298 do

Código de Trânsito Brasileiro (agravante genérica) para se evitar um *bis in idem*. Igualmente não será imputado o delito autônomo, definido no art. 309 do CTB.

II – Praticá-lo sobre faixa de pedestres ou na calçada. A adoção dessa causa de aumento inviabiliza a aplicação do inc. VII do art. 298.

III – Deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente. Frisamos que a presente causa de aumento destina-se ao condutor responsável pela morte ou pelas lesões corporais decorrentes do acidente de trânsito.

IV – No exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros. Não se aplica a primeira parte do inciso V do art. 298.

Na hipótese de reconhecimento de mais de uma causa de aumento, o juiz deverá aplicar o par. ún. do art. 68 do Código Penal: limitar-se-á a um só aumento, dosando-o entre o mínimo e o máximo.

2. OMISSÃO DE SOCORRO

"*Art. 304 – Deixar o condutor do veículo, na ocasião do acidente, de prestar imediato socorro à vítima, ou, não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, deixar de solicitar auxílio à autoridade pública.*

Penas: detenção de seis meses a um ano, ou multa, se o fato não constituir elemento de crime mais grave.

Parágrafo único. Incide nas penas previstas neste artigo, ainda que a sua omissão seja suprida por terceiros ou que se trate de vítima com morte instantânea ou com ferimentos leves.”

Trata-se de crime doloso, omissivo próprio, especial em relação ao art. 135 do CP. É, também, figura penal subsidiária, conforme expressamente dispõe o par. ún. do art. 304 do CTB (*lex primaria derogat legem subsidiariam*).

2.1. Objetividade Jurídica

Consiste na proteção à vítima do acidente de trânsito, impondo ao condutor de veículo automotor o dever jurídico de prestar socorro, desde que não se exponha a risco. Trata-se de um dever de solidariedade expressamente reconhecido pela norma penal.

2.2. Sujeito Ativo

É o condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito, não sendo por ele responsável. Se o fosse, responderia como incurso no art. 302 ou 303, aplicando-se a causa de aumento prevista no inc. III do par. ún. do art. 302. Se houver omissão por parte de terceiro, que não seja o condutor responsável pelo acidente de trânsito ou o condutor envolvido no acidente, a classificação jurídico-penal será feita no art. 135 do Código Penal.

2.3. Comportamento Típico

É omissivo próprio, consistente em deixar de prestar socorro à vítima de acidente de trânsito. O socorro deve ser realizado pessoalmente, salvo impossibilidade de fazê-lo. Nessa hipótese, incumbe ao condutor envolvido no acidente, solicitar o auxílio da autoridade.

2.4. Morte da Vítima

Ao contrário do que sucede no art. 135 do Código Penal, o art. 304 do Código de Trânsito Brasileiro não agrava a pena se, em decorrência da omissão, sobrevier a morte do ofendido. A pena prevista no *caput* do art. 135 (1 a 6 meses de detenção) será triplicada nesse caso. Concretizando-se o evento acima aludido – e desde que se prove a existência de um nexo normativo entre a omissão de socorro e o resultado –, o agente responderá por homicídio culposo (art. 121, § 3.º, do CP), que, por ser crime mais grave, absorverá o art. 304 do CTB.

2.5. Parágrafo Único do Art. 304

Nos termos do par. ún. do art. 304, o condutor do veículo incide nas penas do artigo, ainda que sua omissão seja suprida por terceiros ou que se trate de vítima com morte instantânea ou com ferimentos leves.

Não obstante a clareza do dispositivo, sua aplicação deve ser ponderada. No caso de socorro por terceiros, o disposto no parágrafo contraria a orientação surgida à luz do art. 135 do Código Penal, ou seja, por se tratar de uma obrigação penal solidária, o cumprimento do dever por um das pessoas afasta a obrigação das outras. Assim, segundo orientação de DAMÁSIO DE

JESUS, a solução adotada pelo CTBfundamenta-se nas características do delito em questão. A omissão de socorro é crime instantâneo, de modo que a prestação de socorro posterior à omissão do agente encontra o delito já consumado.

No caso de morte instantânea da vítima, sendo essa absolutamente evidente (esmagamento, por exemplo), o socorro é medida desnecessária, inútil. Seria ilógico pretender-se punir o agente.

Na hipótese de ferimentos leves no ofendido, englobando tal classificação pequenos cortes, simples escoriações, discretos hematomas, não haverá necessidade de socorro.

2.6. Juizado Especial Criminal

Observado o disposto no art. 61 da Lei n. 9.099/95, concluímos que o art. 304 é infração de menor potencial ofensivo, aplicando-se o disposto na supracitada lei, inclusive o procedimento especial nela previsto.

3. FUGA DO LOCAL DO ACIDENTE

"Art. 305 – Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe pode ser atribuída.

Penas: detenção, de seis meses a um ano, ou multa.”

3.1. Objetividade Jurídica

A administração da Justiça, porquanto a fuga do condutor de veículo automotor dificulta sua identificação e, conseqüentemente, sua eventual punição.

3.2. Constitucionalidade do Dispositivo

Há entendimento doutrinário que sustenta a inconstitucionalidade do dispositivo, por afronta ao princípio segundo o qual ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo (art. 8.º, inc. II, “g” da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969). Existe, também, a possibilidade de comparar a figura penal em questão com a vedação constitucional de prisão civil por dívida, pois é sabido que ela só é permitida no caso de descumprimento injustificável de obrigação alimentar ou na hipótese do depositário infiel. Contra essas objeções insurgem-se FERNANDO CAPEZ e VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES, ressaltando que a fuga do agente visa a burlar a administração da Justiça, sendo esse o motivo de sua responsabilização criminal. Não há, de qualquer modo, posição predominante sobre o tema, sendo oportuno aguardar o pronunciamento dos Tribunais Superiores.

3.3. Comportamento Típico

É o afastar-se do local do acidente de trânsito, consumando-se nesse instante a infração penal. O crime é formal ou de consumação antecipada. Por tratar-se de delito plurissubsistente, a tentativa é possível.

3.4. Elementos Subjetivos

A vontade livre e consciente de sair do local do acidente de trânsito, com o fim de fugir à responsabilidade penal ou civil.

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Código de Trânsito Brasileiro

Lei n. 9.503/97

Luiz Fernando Vaggione

1. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

*“**Art. 306** - Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:*

Penas – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.”

Trata-se do segundo delito mais grave do Código de Trânsito Brasileiro, superando até mesmo a lesão corporal culposa de trânsito, cuja pena máxima é de dois anos de detenção.

A embriaguez ao volante não é uma infração de menor potencial ofensivo porque sua pena máxima supera um ano, limite estabelecido no art. 61 da Lei n. 9.099/95. Também não o será com a entrada em vigor da Lei n. 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal, pois, nos termos do art. 2.° do citado diploma legal, o máximo de pena privativa de liberdade foi fixado em dois anos. Segundo orientação doutrinária hoje dominante, a nova Lei federal ampliou o rol das infrações de menor

potencial ofensivo. Todavia, frise-se, não atingiu o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

Ao art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro aplica-se a transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/95), por força do disposto no parágrafo único do art. 291 do Código de Trânsito Brasileiro. São tecnicamente inviáveis a composição civil e a representação, dada a inexistência de vítima determinada. Trata-se de tema amplamente desenvolvido quando do estudo do art. 291 supracitado.

1.1. Derrogação do Art. 34 da Lei das Contravenções Penais

Considerando que a conduta – conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou de substância de efeitos análogos– foi alçada à categoria de crime, restou à figura contravencional o enquadramento da direção perigosa de embarcação a motor em águas públicas, assim como o de outros comportamentos perigosos à direção, tais como o ziguezague, o cavalo-de-pau etc. Lembramos que o *racha* e o excesso de velocidade também tornaram-se crimes no Código de Trânsito Brasileiro.

1.2. Qualificação Doutrinária do Art. 306

O crime é de mera conduta. O delito também é de lesão ao bem jurídico, ou seja, à segurança no tráfego de veículos.

1.3. Sujeitos do Delito

No pólo ativo da infração figura o condutor de veículo automotor, que pode ser habilitado ou não para dirigi-lo. Tratando-se de delito de mão própria, entende-se que a co-autoria é inviável. A participação, entretanto, é possível. Exemplo dela seria a de indivíduo que induz o condutor de veículo automotor, embriagado, a levá-lo para casa.

O sujeito passivo imediato é a coletividade. Secundariamente, pessoas que eventualmente tenham sido expostas à situação de perigo.

1.4. O que se Exige para a Configuração do Crime

a) A condução de veículo automotor em via pública.

b) Que o condutor do veículo automotor tenha ingerido substância alcoólica ou análoga, substâncias entorpecentes, por exemplo. No caso do álcool, é indiferente a taxa de concentração dessa substância no sangue ou no ar expelido dos pulmões. Sabemos que para efeitos administrativos, ou seja, para a imposição das sanções previstas no art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro, o condutor deve apresentar concentração de álcool em nível superior a seis decigramas por litro de sangue ou 0,3 mg ou mais por litro de ar expelido. *Para fins penais, frisamos, essa taxa de concentração é indiferente.*

c) Condução anormal do veículo automotor, violando regras de trânsito. Por exemplo: ingressar com o veículo na contramão de direção, imprimir ao veículo velocidade incompatível com a segurança, trafegar desenvolvendo ziguezagues na pista, desrespeitar a sinalização semafórica etc.

d) Finalmente, o reconhecimento de uma relação de causalidade entre a ingestão das substâncias acima aludidas e a condução anormal do veículo automotor.

1.5. Prova da Embriaguez

A prova da ingestão de álcool é, por excelência, a pericial. Dispõe o art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro que o condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de haver excedido os limites de concentração de álcool, será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia, ou outro exame que por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.

Ressalte-se, no entanto, que o condutor do veículo automotor não pode ser obrigado a se submeter aos exames. A recusa não enseja presunção de culpa ou a configuração de crime de desobediência. Trata-se de princípio segundo o qual a ninguém deve ser imposta a obrigação de colaborar na coleta de prova contra si mesmo.

1.6. Consumação e Tentativa

A infração consuma-se no exato momento do cometimento do comportamento anormal à direção do veículo automotor, após ter o condutor ingerido substância alcoólica ou de efeitos análogos.

A tentativa, como se percebe, é impossível.

1.7. Concurso de Crimes

A ordem natural é a de que os crimes de resultado previstos no Código de Trânsito Brasileiro – homicídio e lesões corporais culposos de trânsito – absorvam a embriaguez ao volante, porque esse é um crime de perigo. É importante notar, no entanto, que a lesão corporal tem como pena máxima dois anos de detenção, enquanto o delito em estudo é punido, no máximo, com três anos de detenção. Assim, cuidando-se de lesão corporal culposa (art. 303), não agravada pelas circunstâncias de aumento previstas no parágrafo único do art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, pensamos deva prevalecer a infração mais severa, no caso, a embriaguez ao volante.

No caso de concurso com o art. 309 (falta de habilitação ou permissão para dirigir, ou estando com esse direito cassado), a embriaguez ao volante o absorverá. Ambas as infrações são de perigo, sendo uma delas mais severa. Impõe-se a aplicação da agravante genérica prevista no inc. III do art. 298 do Código de Trânsito Brasileiro.

A embriaguez ao volante absorverá, ainda, os arts. 308 (“racha”) e 311 (excesso de velocidade).

1.8. Infração Administrativa Correspondente

Art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro.

2. COMPETIÇÃO NÃO AUTORIZADA

*“**Art. 308** – Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, desde que resulte dano potencial à incolumidade pública ou privada:*

Pena – detenção de seis meses a dois anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.”

2.1. Qualificação Doutrinária

O delito em estudo é de concurso necessário, pois exige a participação de dois ou mais motoristas. Cuida-se de crime de perigo e plurissubsistente.

2.2. Sujeitos

Como sujeito ativo figura o condutor de veículo automotor. É viável a participação que, em princípio, poderia ser configurada com o comportamento de co-pilotos, fiscais, organizadores do evento etc.

2.3. Derrogação do Art. 34 da Lei das Contravenções Penais

O comportamento descrito no art. 308 do Código de Trânsito Brasileiro era tipificado como contravenção.

2.4. Ação Nuclear

Participar, isto é, tomar parte em corrida, disputa ou competição.

2.5. Corrida, Disputa ou Competição

Corrida, segundo o dicionário Aurélio, é o caminho entre dois pontos conhecidos, ou competição esportiva em que se percorrem distâncias predeterminadas.

Disputa, por sua vez, significa o esforço para se obter algo ou alguém. Para o Prof. DAMÁSIO, a disputa é o "racha". Dos núcleos nos parece o de conteúdo mais amplo.

Competição: busca simultânea, por dois ou mais indivíduos, de uma vantagem, uma vitória, um prêmio. A modalidade exige um número maior de "participantes". Para o Prof. DAMÁSIO, impõe-se um número mínimo de três motoristas.

2.6. Elementos Espacial e Normativo do Tipo

A competição, a disputa ou a corrida devem ocorrer na via pública e carecer de autorização da autoridade de trânsito competente (art. 67 do CTB).

2.7. Consumação e Tentativa

Consuma-se com o início da competição. É imprescindível que haja a violação das regras de trânsito, notadamente a velocidade incompatível com a segurança, o desrespeito à sinalização. Ou seja, deve haver desrespeito às normas de segurança no trânsito de veículos automotores.

2.8. Concurso de Crimes

Ocorrendo resultado morte ou lesão corporal, o “racha” será absorvido. No caso de homicídio, dependendo das peculiaridades do caso concreto, poderá ser reconhecido o dolo eventual, que ensejará o julgamento pelo Tribunal do Júri.

A falta de habilitação e o excesso de velocidade, infrações menos severas, serão absorvidas pelo “racha”.

O art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, entretanto, absorverá o art. 308.

2.9. Transação Penal

Aplicando-se o parágrafo único do art. 291, sob a luz do *caput* do citado dispositivo, concluímos que é aplicável a transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/95). A composição civil e a representação são inaplicáveis em razão da ausência de vítima determinada.

2.10. Infrações Administrativas Correspondentes

Arts. 173 e 174 do Código de Trânsito Brasileiro.

3. FALTA DE HABILITAÇÃO

"**Art. 309** – Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida permissão para dirigir ou habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano:

Penas – detenção, de seis meses a um ano, ou multa."

3.1. Qualificação Doutrinária

Trata-se de crime de mera conduta e de lesão à segurança no trânsito de veículos automotores, bem jurídico tutelado pela norma.

3.2. Sujeitos

Como sujeito ativo temos o condutor de veículo automotor. Trata-se de crime de mão própria, o que inviabiliza a co-autoria. A participação, no entanto, é viável, desde que a conduta do agente não seja uma das inseridas no art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro, o que determina o enquadramento em figura penal autônoma. Veja-se a redação do art. 310:

"*Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com a habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança*".

O sujeito passivo é a coletividade.

3.3. Requisitos do Crime

- Direção de veículo automotor, em via pública, sem a *devida* permissão ou habilitação para dirigir, ou se cassado esse direito (art. 263 do CTB).
- Comportamento anormal à direção do veículo.

Nota-se, portanto, que não basta à configuração do delito a mera falta de permissão, habilitação ou cassação desse direito. Exige-se uma conduta anormal à direção do veículo automotor, tais como o desrespeito à sinalização de trânsito ou o excesso de velocidade.

3.4. Derrogação do Art. 32 da Lei das Contravenções Penais

A mera falta de habilitação, ou seja, aquela desacompanhada do comportamento anormal à direção de veículo automotor, configura simples ilícito administrativo. Por outras palavras, trata-se de fato atípico sob o ponto de vista penal. Nesse sentido decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 14.2.2001, ao julgar o HC n. 80.362, sendo Relator o Min. Ilmar Galvão.

Frise-se, entretanto, que há precedentes em sentido oposto no Superior Tribunal de Justiça e no TACrimSP. Essas decisões, anteriores ao julgamento do Supremo Tribunal Federal acima aludido, aplicavam o art. 32 da Lei das Contravenções Penais à mera condução sem habilitação.

O art. 32 da Lei das Contravenções Penais ainda incide no caso de direção, sem habilitação, de embarcação a motor em águas públicas.

Direção de ciclomotores – trata-se de veículo automotor com características especiais, discriminadas no Anexo I do Código de Trânsito Brasileiro: *veículo de duas ou três rodas, provido de combustão interna, cuja cilindrada não exceda a cinqüenta centímetros cúbicos e cuja velocidade máxima de fabricação não exceda cinqüenta quilômetros por hora*. Segundo o art. 141 do Código de Trânsito Brasileiro, a condução de ciclomotor depende de "autorização" a ser regulamentada pelo CONTRAN. Ora, não sendo exigida habilitação, mas mera autorização, a ausência dessa é insuficiente para caracterizar o crime descrito no art. 309. Portanto, a condução de ciclomotor sem *autorização é com*portamento atípico.

3.5. Consumação e Tentativa

A consumação ocorrerá no momento em que o condutor praticar o comportamento anormal à direção de veículo automotor. A tentativa é inviável.

3.6. Elemento Espacial do Tipo

O comportamento típico deve ser praticado em via pública. Vias internas de condomínios ou loteamentos fechados são consideradas como vias públicas (Art. 2.°, par. ún., do CTB e Lei n. 6.766/79).

3.7. Elemento Normativo do Tipo

Está presente na expressão "sem a ***devida*** permissão ou habilitação". O art. 143 do Código de Trânsito Brasileiro apresenta as diversas categorias de

habilitação (de A a E). Decorre que a habilitação do condutor deverá ser adequada ao veículo automotor por ele conduzido, sob pena de configurar o crime previsto no art. 309.

3.8. Questões Diversas sobre o Art. 309

- Condutor surpreendido sem estar portando a Carteira Nacional de Habilitação: trata-se de mera infração administrativa (arts. 159, § 1.° e 232 do CTB).
- Condução de trator na via pública: exige permissão ou habilitação nas categorias C, D ou E (art. 144 do CTB).
- Condução com o exame médico vencido há mais de 30 dias: mera infração administrativa (art. 162, inc. V). Esse posicionamento foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, com fundamento no princípio da proporcionalidade, porque não se pode equiparar a situação do condutor que deixou de renovar o exame médico com a daquele que sequer prestou exames para obter a habilitação.
- Condução com a CNH falsa: o condutor do veículo automotor responderá como incurso nos arts. 309 do Código de Trânsito Brasileiro e 304 do Código Penal (uso de documento falso), em concurso material de infrações (art. 69 do CP). As objetividades jurídicas dos delitos mencionados são diversas: segurança no trânsito de veículos automotores e fé pública.
- Condução com a permissão ou habilitação suspensas: a classificação jurídico-penal será feita com base no art. 307 do Código de Trânsito Brasileiro.

***Atenção*:** a habilitação posterior ao fato, ou seja, após ter sido o condutor surpreendido dirigindo sem habilitação, não exclui o crime.

Juizados Especiais Criminais: sendo o crime previsto no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, punido, no máximo, com um ano de detenção, a competência para apreciá-lo será do JECrim, incidindo a Lei n. 9.099/95.

Concurso de crimes: o previsto no art. 309 será absorvido pelo outro crime de trânsito; incidirá, conforme a hipótese, a causa de aumento estabelecida no parágrafo único do art. 302 ou a agravante genérica disposta no inc. III do art. 298.

4. VELOCIDADE INCOMPATÍVEL COM A SEGURANÇA

*“**Art. 311** – Trafegar em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano:*

Pena – detenção, de seis meses a um ano, ou multa”.

4.1. Infração Administrativa

Arts. 218 e 220, inc. XIV, do Código de Trânsito Brasileiro.

4.2. Velocidades Máximas e Mínimas Permitidas pelo Código de Trânsito Brasileiro

Elas estão previstas, respectivamente, nos arts. 61 e 62 do Código de Trânsito Brasileiro.

4.3. Derrogação do Art. 34 da Lei das Contravenções Penais

O excesso de velocidade era tipificado na figura contravencional supracitada. Entretanto, com a entrada em vigor do Código de Trânsito Brasileiro, a velocidade incompatível com a segurança poderá ser considerada crime ou contravenção, dependendo do local de cometimento da conduta. Sendo praticada nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque ou desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande concentração de pessoas, gerando perigo de dano, haverá crime (art. 311 do CTB). A contravenção permanece em vigor como figura subsidiária.

Ressalte-se que o art. 34 da Lei das Contravenções Penais continua sendo aplicável à direção de embarcação a motor em águas públicas, quando põe em perigo a segurança alheia.

4.4. Sujeito Ativo

O condutor de veículo automotor que imprime velocidade excessiva. Entendemos possível a participação.

4.5. Comportamento Típico

Exige-se que o condutor de veículo automotor imprima ao veículo *velocidade incompatível* com a segurança. Para nós, essa velocidade poderá exceder os limites previstos no art. 61 do Código de Trânsito Brasileiro ou ser inferior à metade da velocidade máxima estabelecida para a via de circulação (v. art. 62 do CTB). Mesmo sendo respeitado o limite máximo de velocidade (art. 61), as condições excepcionais do tráfego, tais como a pista escorregadia ou o volume intenso de veículo, poderão exigir que o condutor imprima uma velocidade mais reduzida, i. e., compatível com a segurança.

4.6. Elemento Espacial do Tipo

São os locais indicados no artigo em estudo, a saber: proximidade de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas.

4.7. Consumação e Tentativa

A consumação ocorrerá no momento em que o condutor imprimir ao veículo velocidade incompatível com a segurança, desde que o faça nos locais mencionados no art. 311 do Código de Trânsito Brasileiro. A tentativa, à evidência, é impossível.

4.8. Juizados Especiais Criminais

Sendo o crime previsto no art. 311 do Código de Trânsito Brasileiro, punido, no máximo, com um ano de detenção, a competência para apreciá-lo será do JECrim, incidindo a Lei n. 9.099/95.

4.9. Concurso de Crimes

Como infração de perigo, será o previsto no art. 311 absorvido pelos crimes de resultado mencionados no Código de Trânsito Brasileiro: homicídio e lesões culposos de trânsito (arts. 302 e 303). Na hipótese da falta de habilitação, o disposto no art. 311 a absorve, impondo-se, no entanto, a agravante genérica prevista no art. 298, inc. III, do Código de Trânsito Brasileiro.

5. FRAUDE NA APURAÇÃO DE ACIDENTE DE TRÂNSITO COM VÍTIMA

*"**Art. 312** – Inovar artificiosamente, em caso de acidente automobilístico com vítima, na pendência do respectivo procedimento policial preparatório, inquérito policial ou processo penal, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, a fim de induzir a erro o agente policial, o perito, ou o juiz:*

Penas – detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo, ainda que não iniciados, quando da inovação, o procedimento preparatório, o inquérito ou o processo aos quais se refere."

5.1. Art. 347 do Código Penal (Fraude Processual)

O art. 312 do CTB afasta a aplicação do supracitado artigo do CP, no caso de acidente automobilístico com vítima. Nos demais casos, incidirá o art. 347 do CP.

5.2. Qualificação Doutrinária

O crime definido no art. 312 do Código de Trânsito Brasileiro é comum e formal.

5.3. Sujeitos do Delito

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime. Normalmente, o próprio condutor do veículo automotor. Entretanto, a própria vítima, um dos passageiros dos veículos envolvidos, um advogado, podem figurar no pólo ativo da infração.

Como sujeito passivo figura o Estado. Trata-se de crime contra a administração da justiça, visando a norma impedir que as pessoas mencionadas no tipo possam ser ludibriadas e, assim, impedidasde descobrirem a verdade.

5.4. Consumação e Tentativa

Como já adiantamos, o delito é formal. Portanto, a consumação ocorrerá no momento da alteração dos estados de lugar, de coisa ou pessoa, independentemente do efetivo erro do agente policial, perito ou juiz. A tentativa é admissível, posto que o crime é plurissubsistente. Ou seja, a forma tentada do delito em estudo ocorrerá com o início da inovação e antes que se configure a alteração pretendida.

5.5. Parágrafo único do Art. 312

O dispositivo deixa claro que o crime poderá se configurar antes do início de qualquer procedimento apuratório (levantamento do local, perícia etc). O citado parágrafo está em harmonia com a realidade, haja vista ser antes da chegada dos agentes policiais ou dos peritos que o comportamento típico poderá atingir os objetivos pretendidos pelo agente.

5.6. Juizados Especiais Criminais

Sendo o crime previsto no art. 312 do Código de Trânsito Brasileiro punido, no máximo, com um ano de detenção, a competência para apreciá-lo será do JECrim, incidindo a Lei n. 9.099/95.

MÓDULO XVI

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Lei das Execuções Penais – Lei n. 7.210/84

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Lei das Execuções Penais – Lei n. 7.210/84

Luiz Fernando Vaggione

1. FINALIDADE DA EXECUÇÃO PENAL

O cumprimento integral do disposto na sentença e a reinserção social do condenado são os dois objetivos visados pela execução penal. Para tanto, adotou o legislador brasileiro uma teoria mista acerca das finalidades da pena. Nessa, a sanção penal traduz uma retribuição pelo crime cometido (prevenção especial e geral) e a oportunidade para oferecer ao condenado novos conhecimentos que lhe proporcionarão uma alternativa para reintegração na sociedade, abandonando, se assim desejar, a delinqüência. Trata-se da fusão da teoria retribucionista ou absoluta com a teoria utilitarista ou relativa.

2. NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PENAL

Entende-se que a execução penal tem natureza jurídica mista ou complexa, porque nela são praticados atos de natureza administrativa e jurisdicional. Para se comprovar o alegado basta o exame do art. 66 da Lei de Execução Penal, no qual estão as atribuições do juiz das execuções. Nos

incisos I a V do mencionado artigo estão os atos do juiz de natureza jurisdicional, enquanto os incisos restantes (VI a IX) têm nítida natureza administrativa (*função judiciária em sentido estrito*).

Cabe ao diretor do estabelecimento penal relevante papel a desempenhar na execução penal. Além de zelar pela manutenção da ordem e da segurança no presídio, dispondo para tanto de poder disciplinar, pratica atos na execução penal. É o diretor que: autoriza a assistência médica ao condenado fora do presídio, quando não houver no estabelecimento meios para garantir a saúde do recluso; concede a permissão de saída nos casos de falecimento ou de doença grave do cônjuge, ascendente ou descendente e da companheira ou companheiro, bem como para tratamento do condenado; concede autorização para o trabalho externo, entre outras atribuições, na execução da pena ou da medida de segurança.

Embora não se negue que a execução penal desenvolva-se nos planos administrativo e jurisdicional, a tutela tendente à efetivação da sanção penal é objeto do processo de execução, de natureza indiscutivelmente jurisdicional. É o que ensina a Profa. Ada Pellegrini Grinover.

3. PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO PENAL

3.1. Princípio da Jurisdicionalidade ou Judicialidade da Execução Penal

A jurisdição não se esgota com o trânsito em julgado da condenação, ou seja, não se esgota no processo de conhecimento: ao contrário, ela persiste

durante todo o processo de execução. Na verdade, o processo de execução é a segunda e última fase do processo de conhecimento, aplicando-se a ela (execução) o devido processo legal, o que implica a adoção do contraditório, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, entre outros princípios.

3.2. Princípio do Contraditório

Consiste em dar às partes a ciência dos atos e a possibilidade de prévia manifestação.

3.3. Princípio da Personalização da Pena

Visa evitar a massificação na execução da pena. Segundo o art. 5.º, inc. XLVI, da Constituição Federal, a lei regulará a individualização da pena. Atendendo o comando da CF, o art. 5.º da Lei de Execução Penal prevê que os condenados serão classificados segundo seus antecedentes e sua personalidade, para orientar a individualização e execução penal. A providência deve ser adotada no início da execução da pena. Ela é obrigatória para todos os condenados, qualquer que seja o regime inicial.

Essa classificação é feita pela Comissão Técnica de Classificação (CTC), que elaborará o programa individualizador e fiscalizará o cumprimento da pena (art. 6.°). Tratando-se de pena privativa de liberdade, a CTC é composta por seis pessoas (o diretor do estabelecimento, dois chefes de serviço, um psicólogo, um psiquiatra e um assistente social). Tratando-se de penas restritivas de direitos, a CTC será composta unicamente por dois fiscais do Serviço Social.

Cada estabelecimento penal destinado ao cumprimento da pena (presídio) contará com uma CTC.

Se o regime inicial for fechado, será obrigatório submeter o condenado ao chamado exame criminológico, mencionado no art. 8.º da Lei de Execução Penal. Cuida-se de uma especialização do exame da personalidade e destina-se a dar maiores subsídios à CTC para realizar a classificação do condenado.

O exame criminológico consiste no estudo das informações jurídico-penais e dos exames clínico, morfológico, neurológico, eletroencefalográfico, psicológico e psiquiátrico e no exame social do condenado.

O exame criminológico jamais é feito durante a instrução processual. Trata-se de providência que se toma na execução da pena, ou seja, não se cogita desse exame antes da sentença transitar em julgado.

Em relação ao regime semi-aberto, a providência é facultativa. Considera-se que o art. 8.º da Lei de Execução Penal prevalece sobre o *caput* do art. 35 do CP, que dispõe ser o exame criminológico obrigatório também àqueles que iniciam o cumprimento da pena no regime semi-aberto.

No Estado de São Paulo, o estabelecimento destinado a realizar os exames criminológicos é o Centro de Observação Criminológica (COC), localizado em prédio anexo à Penitenciária do Estado.

Outras incumbências da CTC: além de elaborar o programa individualizador, destinado à classificação do condenado, incumbe também à CTC o acompanhamento da execução das penas privativas e restritivas de direitos, podendo propor ou avaliar progressões ou regressões nos regimes. Poderá propor, ainda, a conversão da pena privativa de liberdade ou emitir parecer para a concessão do livramento condicional.

No desempenho das suas atribuições, a CTC poderá entrevistar pessoas, requisitar dados ou informações a entidades públicas ou privadas, ou realizar outras diligências e exames necessários.

3.4. Princípio da Publicidade

Todos os atos da execução são públicos, salvo aqueles que devam ser mantidos em sigilo para salvaguardar a intimidade do condenado ou para a garantia de interesse social. É o que dispõe o inc. LX do art. 5.º da Constituição Federal .

3.5. Princípio da Ampla Defesa

Consiste na autodefesa, que significa a necessidade de ouvir o condenado e o advogado que lhe assiste nas decisões que importarem modificação do título penal executivo. Como lembra Antonio Magalhães Gomes Filho, "se no sistema introduzido pela reforma de 1984 a adequação da pena à pessoa do sentenciado é feita sobretudo na fase de execução, não seria razoável garantir a assistência do defensor técnico durante a fase do conhecimento (art. 261 do CPP) e suprimi-la justamente na oportunidade em que são possíveis as modificações na sanção e no modo de seu cumprimento."

3.6. Princípio da Igualdade

Segundo a Constituição Federal todos são iguais perante a lei. Na execução penal esse princípio traduz a vedação ao tratamento discriminatório do condenado. É evidente que um tratamento diferenciado pode ser dispensado

ao condenado, desde que decorrente das suas características pessoais e das peculiaridades do crime por ele praticado (programa individualizador).

3.7. Princípio do Duplo Grau

Os atos judiciais podem ser reexaminados em segunda instância, valendo-se as partes do agravo em execução (art. 197 da LEP), que não tem efeito suspensivo, salvo quando interposto contra decisão que desinterne ou libere a pessoa do tratamento ambulatorial (art. 179 da LEP).

Em casos especiais a parte poderá valer-se do mandado de segurança para tentar obter o referido efeito suspensivo.

O endereçamento do recurso coincide com a competência do tribunal para o processo de conhecimento.

O rito do agravo não está previsto na Lei de Execução Penal. Adota-se por convenção o rito do recurso em sentido estrito (entendimento predominante).

3.8. Princípio da Legalidade

A execução penal deve seguir estritamente o disposto na lei, para evitar-se a arbitrariedade, os excessos e os desvios que possam ocorrer na execução penal.

4. COMPETÊNCIA

4.1. Regras para Fixação da Competência

- Não importa a Justiça da condenação. Se o preso estiver cumprindo pena em estabelecimento comum da rede estadual, a competência será do juiz das execuções da Justiça Estadual, ainda que a condenação tenha sido emanada pelas Justiças Especiais ou Federais. A regra visa evitar a diversidade de tratamento a presos que se encontram num mesmo estabelecimento.

  Súmula n. 192 do Superior Tribunal de Justiça: "Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual".

- Todas as execuções formarão um único processo, que tramitará no local onde o condenado estiver preso.

  Exceções a essa regra:

a) No Estado de São Paulo, se a pessoa estiver internada no Manicômio Judiciário, na Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté ou no Centro de Reabilitação Penitenciária, sua execução tramitará na Vara das Execuções da capital.

b) Nas comarcas onde houver mais de uma Vara Criminal, será a Lei de Organização Judiciária que fixará a competência.

- O condenado com foro privilegiado ou por prerrogativa de função, terá sua execução tramitando no tribunal que o condenou.

- A execução do *sursis*, da pena restritiva de direito e do albergue transitarão na comarca de domicílio do condenado, desde que seja ela diversa da comarca de condenação.

- A execução da multa: tratando-se de condenado solvente, que não efetuou o pagamento da pena pecuniária, prepondera no Superior Tribunal de Justiça que a execução deverá ser intentada pela Procuradoria do Estado, devendo tramitar o processo executório perante uma das Varas da Fazenda Pública Estadual. O rito a ser observado é o previsto na Lei n. 6.830/1980 (Lei dos Executivos Fiscais).

- A condenação por Vara Distrital é executada na sede da comarca.

- A aplicação da lei mais benéfica, após o trânsito, é feita pelo juiz das execuções e não por meio de revisão criminal ou *habeas corpus*.

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Execução Penal

Luiz Fernando Vaggione

1. DIREITOS DO CONDENADO

Segundo a Constituição Federal, é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5.°, inc. XLIX). Dispõe o art. 38 do Código Penal, por sua vez, que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral. É o que também determina a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84) no seu art. 3.°, ao assegurar ao condenado e ao internado todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. No mesmo sentido os arts. 40 e 41 da Lei de Execução Penal.

É nítida, portanto, a preocupação com a preservação dos direitos dos presos e internados, impondo-se a todas as autoridades e seus agentes o dever de por eles zelar. Não é demais lembrar que o abuso de poder, no tema ora analisado, constitui ilícito penal, assim definido nos arts. 3.° e 4.° da Lei n. 4.898/65 (Lei de Abuso de Autoridade).

Evidentemente que o respeito aos direitos e garantias individuais é exigível também em relação ao preso provisório, i.e., àquele que se encontra detido cautelarmente (prisão temporária, em flagrante, preventiva, por pronúncia e decorrente de sentença condenatória recorrível).

São direitos dos condenados:

a) ***Assistência material****:* alimentos, vestuário e instalações higiênicas. Lembre-se que a higiene pessoal e o asseio da cela são deveres do preso (art. 39, inc. IX, da LEP).

b) ***Assistência educacional*****:** compreende a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado (art. 17 da LEP). Todos, segundo a Constituição, têm o direito de receber educação (art. 205). Trata-se de um direito público subjetivo (art. 208, § 1.°, da CF), incumbindo ao Estado o dever de proporcionar o ensino fundamental gratuito a todos, inclusive àqueles que a ele não tiveram acesso na idade própria (art. 208, inc. I, da CF). Sendo um poderoso instrumento de revalorização do ser humano e de reinserção social do preso, a assistência educacional desempenha papel de destaque dentro da execução penal.

c) ***Assistência religiosa.***

d) ***Assistência social*****:** nos termos do art. 23 da Lei de Execução Penal, tem a finalidade de amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade.

e) ***Assistência à saúde*****:** independentemente de ser o preso segurado ou não da Previdência Social. O art. 14 da Lei de Execução Penal determina que ao preso se prestará assistência à saúde, de caráter preventivo ou curativo,

compreendendo o atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento (art. 120, inc. II, e par. ún., da LEP).

f) *Assistência jurídica*: disciplinada nos arts. 15 e 16 da Lei de Execução Penal, destinando-se àqueles que não disponham de recursos financeiros para constituir um advogado. Os dispositivos estão em harmonia com o inc. LXXIV da Constituição Federal: "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos." A assistência jurídica é imprescindível para, juntamente com os demais órgãos da execução penal, assegurar ao preso o respeito aos seus direitos e garantias, numa execução que atenda o *devido processo legal*.

g) *Trabalho:* terá finalidade educativa e produtiva (art. 28 da LEP) e será remunerado (art. 29 da LEP), não podendo tal remuneração ser inferior a três quartos do salário mínimo. Há previsão de descontos: para a indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; para a assistência à família e para o pagamento de pequenas despesas pessoais (art. 29, § 1.°, da LEP). O restante (*sic*) constituirá um pecúlio, objeto de depósito em caderneta de poupança, que será liberado quando o preso for colocado em liberdade.

Além de ser um direito, o trabalho é um dever do condenado (art. 39, inc. V, da LEP), constituindo a inobservância falta grave, nos termos do art. 50, inc. VI, da Lei de Execução Penal. O sentenciado por crime político não está obrigado a trabalhar (art. 200 da LEP), o que se aplica também ao preso

provisório. Caso este trabalhe, deverá fazê-lo exclusivamente no interior do estabelecimento prisional.

Ao trabalho do preso não se aplicam os dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (art. 28, § 2.°, da LEP), porquanto é de direito público a natureza do contrato de trabalho. Ao preso são estendidos os benefícios decorrentes de acidente do trabalho.

Pode o trabalho ser industrial, agrícola ou intelectual. Procura-se evitar o artesanato sem expressão econômica.

A jornada de trabalho é de seis a oito horas. Esse limite máximo pode ser alterado em casos excepcionais, desde que autorizado pela direção do estabelecimento.

g.1.Trabalho externo

O preso que cumpre sua pena em regime fechado poderá obter autorização para o trabalho externo, concedida pela direção do estabelecimento (art. 37 da LEP), observados os seguintes requisitos:

- Cumprimento de, no mínimo, um sexto da pena.
- Trate-se de serviço ou obras públicos, mesmo que realizados por entidades privadas. Nesse caso, o trabalho dependerá de consentimento expresso do preso.
- Realização mediante vigilância.
- Aptidão do preso para as tarefas que lhe serão confiadas.
- Disciplina e responsabilidade.

- O número de presos não poderá exceder a dez por cento do total de empregados na obra.

Os presos que cumprem pena no regime semi-aberto poderão obter a mesma autorização, sendo-lhes facultado o trabalho em serviços ou obras privadas. Não se exigirá escolta. Nos termos da Súmula n. 40 do Superior Tribunal de Justiça, para a obtenção da autorização para o trabalho externo será considerado o tempo de cumprimento de pena no regime fechado.

A autorização para o trabalho externo poderá ser revogada – é o que estabelece o parágrafo único do art. 37 da Lei de Execução Penal – quando o condenado praticar fato definido como crime, cometer falta grave ou tiver mau comportamento.

g.2. Remição

O trabalho, além de ser um direito e um dever do condenado, propicia a antecipação da liberdade. Consoante dispõe o art. 126 da Lei de Execução Penal, a cada três dias de trabalho poderão os condenados que cumprem pena nos regimes fechado e semi-aberto obter o desconto de um dia de pena privativa de liberdade.

O benefício exige o efetivo trabalho, salvo na hipótese de acidente do trabalho (art. 126, § 2.°, da LEP). Será declarado pelo juiz da execução, ouvido o Ministério Público.

A falta grave ensejará a perda do tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar, consoante determina o art. 127 da Lei de Execução Penal. Resta saber se os dias remidos já declarados por decisão do juiz da execução serão atingidos. Por outras palavras, a decisão que

defere a remição opera a preclusão, caso não seja interposto o agravo em execução? Para uma corrente jurisprudencial a resposta é positiva. Veja a transcrição da seguinte ementa:

"Remição. Reconhecimento por decisão transitada em julgado. Inaplicabilidade do art. 127 da LEP. A remição é um direito público subjetivo do condenado que, uma vez reconhecido judicialmente, por decisão transitada em julgado, não mais lhe poderá ser retirado. Interpretação diversa do instituto importaria afronta ao disposto no art. 153, § 3.°, CF." (TACrimSP, Ag.n. 531.081, rel. Juiz Paulo Franco.)

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, tem decidido de forma diversa. Nesses termos o *Habeas Corpus* n. 77.592-0/SP, cujo relator foi o Min. Ilmar Galvão. No respectivo acórdão, baseado nas lições de Alberto Silva Franco e Julio Fabbrini Mirabete, foi reconhecido que a decisão que declara os dias remidos está sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*. A inexistência de punição por falta grave é um dos requisitos exigidos para que o condenado mantenha o benefício da redução da pena. É o que ocorre também com a decisão que concede o *sursis* ou o livramento condicional, quando o condenado pratica novo crime ou sofre condenação durante o período de prova.

h) *Previdência Social* (art. 41, inc. III, da LEP): tratando-se de dispositivo não auto-aplicável, aplicam-se as Leis ns. 8.212/91 e 8.213/91. Estão previstos o auxílio-reclusão (arts. 18, inc. II, e 80 da Lei n. 8.213/91) e a gratificação natalina (art. 40 da Lei n. 8.213/91).

Para que os dependentes do preso possam pleitear o auxílio-reclusão, é necessário que a pessoa presa seja segurada da Previdência Social. No que diz respeito à aposentadoria, considerada como uma questão controvertida, parece-

nos possível que o tempo na prisão possa ser computado desde que o condenado continue contribuindo como segurado facultativo.

i) *Direito à visita*: o preso tem direito a receber a visita do cônjuge, companheiro, parentes e amigos, em dias determinados pela direção do estabelecimento. Visa-se a manutenção dos laços afetivos, tornando menos árdua a permanência no cárcere e viabilizando a reinserção social do condenado.

Esse direito pode ser objeto de restrição por parte da autoridade administrativa ou mesmo de suspensão.

i.1. Visita íntima

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária aprovou a Resolução n. 1, de 30.3.1999, disciplinando o assunto. A publicação deu-se em 5.4.1999, no *Diário Oficial* (ver Boletim n. 79 do *IBCCrim*, de junho de 1999, p. 17). A Resolução recomenda aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres que seja assegurado o direito à visita íntima aos presos de ambos os sexos, recolhidos aos estabelecimentos prisionais. Pontos de destaque: a) direito assegurado a ambos os sexos; b) recepção de cônjuge, companheiro(a), ou outro parceiro; c) direito assegurado, pelo menos, uma vez por mês; d) o direito de visita íntima não pode ser suspenso ou proibido por questões disciplinares (ver a Resolução); e) ao ingressar no estabelecimento, o preso deve indicar o nome do cônjuge ou de outro parceiro; f) esse parceiro ou o cônjuge deve cadastrar-se no estabelecimento prisional; g) o preso não pode indicar mais de uma pessoa; h) a direção do estabelecimento deve providenciar local reservado, preservando-se a privacidade e a inviolabilidade.

j) ***Entrevista pessoal com advogado:*** o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 8.906/94) assegura ao preso a entrevista pessoal e reservada com o seu advogado (art. 7.º, inc. III, e art. 41, inc. IX, da LEP).

l) ***Contato com o mundo exterior*****:** previsto no inc. XV do art. 41 da Lei de Execução Penal, concretiza-se por meio de correspondência escrita, da leitura de jornais, revistas, periódicos, pela televisão e rádio, entre outros.

Com relação às correspondências, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a leitura. Razões de ordem jurídica justificam o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, fundadas na manutenção da ordem dentro do estabelecimento; para evitar-se o contato do condenado com grupos criminosos; para impedir o tráfico de entorpecentes; para impedir a introdução de material explosivo, ou publicações pornográficas. A Portaria n. 3/83 da Coordenadoria dos Estabelecimentos Penitenciários do Estado de São Paulo (Coespe) veda à direção do estabelecimento a violação do sigilo da correspondência, quando ela for endereçada ao juiz ou ao Promotor de Justiça.

O direito de comunicação pode ser objeto de suspensão ou restrição por parte da direção do estabelecimento. É o que dispõe o parágrafo único do art. 41 da Lei de Execução Penal.

m) ***Igualdade de tratamento*****:** trata-se de verdadeiro princípio da execução penal. Como regra, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5.°, *caput*, da CF). Assim, nenhum condenado deve sofrer tratamento discriminatório, salvo aquele decorrente da individualização de sua execução penal (art. 5.° da LEP).

Derradeiramente, cumpre consignar que aos presos são assegurados, também, os seguintes direitos: a proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; o exercício de atividades profissionais, intelectuais, artísticas ou desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; chamamento nominal; audiência especial com o diretor do estabelecimento; representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito.

2. DEVERES DO CONDENADO

Estão os deveres do condenado relacionados nos arts. 38 e 39 da Lei de Execução Penal. O legislador deixou claro, por meio do art. 38 da Lei de Execução Penal, que a submissão do condenado às normas de execução da pena constitui um dever. Por outras palavras, é um dever do sentenciado submeter-se ao cumprimento da pena privativa de liberdade que lhe foi imposta. Assim, enfatiza Mirabete, que “frente ao pretendido direito ou dever de fugir que todo preso teria, conforme certa doutrina, é adequado registrar-se na lei que estará desobedecendo a um dever para com a Administração ao tentar adquirir a liberdade pela fuga ou evasão”. Pratica o condenado falta disciplinar grave (art. 50), além de um ilícito penal, caso a evasão seja cometida com violência à pessoa (art. 352 do CP).

Do quadro geral de deveres instituído no art. 39, destacamos inicialmente o previsto no inc. I, ou seja, o comportamento disciplinado e o cumprimento

fiel da sentença, na esteira do que salientamos no parágrafo anterior. A disciplina, segundo dispõe o art. 44 da Lei de Execução Penal, consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho. O comportamento disciplinado também é exigido do preso provisório (parágrafo único do art. 44 da LEP). O descumprimento dessa obrigação significa o cometimento de uma falta disciplinar grave, consoante dispõe o art. 50, inc. I, da Lei de Execução Penal. Assim, não basta submeter-se ao cumprimento da pena, porquanto deverá o condenado fazê-lo com respeito à ordem. O condenado será cientificado das normas disciplinares no início da execução da pena (art. 46 da LEP).

Preceitua o inc. II do art. 39 o dever de obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se. O descumprimento desses deveres, além de configurar falta grave (art. 50, inc. VI), pode tipificar crimes definidos no Código Penal, tais como o desacato, a resistência, a desobediência ou a prática de um crime contra a honra.

Por força do disposto no inc. III do art. 39, deve o condenado tratar os demais sentenciados com urbanidade e respeito.

Deve, também, o condenado opor-se aos movimentos individuais e coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina. É o que reza o inc. IV do art. 39 em estudo. Reafirma-se, pois, a inexistência de um suposto “direito de fuga”. A Lei de Execução Penal foi mais além, pois exigiu que o preso se oponha a tais movimentos. São previstas como faltas graves a fuga (art. 50, inc. II) e a incitação ou a participação de movimento para subverter a ordem ou a disciplina (art. 50, inc. I). Como enfatiza Mirabete, tais comportamentos podem configurar o crime de motim de presos (art. 354 do CP) ou de dano contra o patrimônio público (art. 163, par. ún., inc. III, do CP).

O trabalho, como já foi dito, além de ser um poderoso instrumento de ressocialização e um direito do preso, é um dever. Assim, incumbe ao condenado executar o trabalho. Além do trabalho, o inc. V do art. 39 afirma que o preso deve executar as tarefas e as ordens recebidas da administração do estabelecimento penitenciário. São exemplos o acatamento à ordem de saída ou de regresso à cela; o cumprimento à determinação de revista pessoal ou na cela; o respeito à ordem de silêncio noturno; a colaboração na manutenção do estabelecimento, entre outros.

Deve o condenado submeter-se à sanção disciplinar que lhe for imposta. Inicialmente, ressalte-se que não haverá sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar (art. 45). Trata-se da extensão do princípio da reserva legal ou da legalidade às sanções disciplinares, tal como ocorre com as infrações penais e suas respectivas penas (arts. 5.°, inc. XXXIX, da CF e 1.° do CP). Num verdadeiro Estado democrático não poderia ser de outra forma. A inexistência de um rol prévio e exaustivo das infrações daria ensejo à arbitrariedade. Assim, no art. 50 da Lei de Execução Penal foram dispostas as infrações disciplinares graves. As médias e leves devem ser previstas em leis ou regulamentos locais. As sanções estão previstas no art. 53 da Lei de Execução Penal: I – advertência verbal; II – repreensão; III – suspensão ou restrição de direitos (art. 41, par. ún.); IV – isolamento na própria cela ou em local adequado. Às faltas graves são impostas as sanções previstas nos incs. III e IV acima expostos (art. 57, par. ún.). Diga-se, finalmente, que o poder disciplinar é exercido pelo diretor do estabelecimento (art. 47), podendo aplicar as sanções previstas nos incs. I a III do art. 53. O isolamento na própria cela ou num local adequado será imposto pelo conselho disciplinar (art. 54). A imposição da sanção deve ser precedida de um procedimento de apuração, assegurada a ampla defesa.

O condenado deve, ainda, indenizar a vítima ou seus sucessores dos prejuízos decorrentes da infração (art. 39, inc. VII), podendo a autoridade administrativa descontar parcela da remuneração ao trabalho, desde que a indenização à vítima ou sucessores tenha sido determinada na sentença (art. 29, § 1.°, "a").

O inc. VIII do art. 39 preceitua que o condenado deve indenizar o Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho. O percentual de desconto deve ser estabelecido na lei local (art. 29, § 1.°, "d"). Trata-se de obrigação residual, porquanto depende da existência de recursos para a satisfação dos demais descontos da remuneração do trabalho, tais como a indenização dos danos, a manutenção da família e o pagamento de pequenas despesas pessoais.

Evidente que a higiene pessoal e o asseio da cela são deveres aos quais o condenado deve se submeter (art. 39, inc. IX). O mesmo se diga em relação à conservação dos objetos de uso pessoal (art. 39, inc. X). O descumprimento, dependendo da existência de lei ou regulamento local, pode configurar falta média ou leve.

Ao preso provisório, consoante dispõe o parágrafo único do art. 39, são impostos os deveres compatíveis com a sua situação processual, tais como o comportamento disciplinado (art. 39, inc. I, primeira parte); a obediência ao servidor e o respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se (art. 39, inc. II); urbanidade e respeito no trato com os demais presos (art. 39, inc. III); conduta oposta aos movimentos individuais e coletivos de fuga ou de subversão à ordem e à disciplina (art. 39, inc. IV); execução de tarefas e ordens recebidas (art. 39, inc. V, parte final); submissão à sanção disciplinar imposta (art. 39, inc. VI); higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento (art. 39, inc.

IX); e, finalmente, conservação dos objetos de uso pessoal (art. 39, inc. X). Não lhe podem ser exigidos os seguintes deveres: cumprimento fiel da sentença (art. 39, inc. I, segunda parte); a execução do trabalho (art. 39, inc. V, primeira parte), porquanto goza o preso provisório da faculdade de trabalhar (art. 31, par. ún.); indenização à vítima ou seus sucessores (art. 39, inc. VII); a indenização ao Estado das despesas de sua manutenção no cárcere (art. 39, inc. VIII), as duas últimas decorrentes de uma condenação transitada em julgado.

3. QUADRO DOS DIREITOS E DEVERES DO CONDENADO

Para possibilitar uma visualização dos direitos e deveres acima estudados elaboramos o quadro abaixo:

Direitos	Deveres
Assistência material (alimentação suficiente e vestuário – art. 41, inc. I), à saúde, jurídica, educacional e religiosa (art. 41, inc. VII)	Submeter-se às normas de execução da pena (art. 38)
Trabalho e remuneração (art. 41, inc. II)	Comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença (art. 39, inc. I)
Previdência Social: assistência médica, seguro acidente do trabalho e auxílio reclusão (art. 41, inc. III, e	Obediência e respeito ao servidor e a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se (art. 39, inc. II)

Leis n. 8.212/91 e n. 8.213/91)	relacionar-se (art. 39, inc. II)
Constituição de pecúlio (art. 41, inc. IV)	Urbanidade e respeito no trato com os demais condenados (art. 39, inc. III)
Distribuição proporcional do tempo para o trabalho, descanso e recreação (art. 41, inc. V)	Conduta oposta aos movimentos de fuga ou de subversão à ordem e à disciplina (art. 39, inc. IV)
Exercício de atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores (art. 41, inc.VI)	Execução do trabalho, das tarefas e ordens recebidas (art. 39, inc.V)
Proteção contra o sensacionalismo (art. 41, inc. VIII)	Submissão à sanção disciplinar imposta (art. 39, inc.VI)
Entrevista pessoal e reservada com o advogado (art. 41, inc. IX)	Indenização às vítimas ou aos seus sucessores (art. 39, inc. VII), desde que determinado na sentença
Visita do cônjuge, companheiro, parentes e amigos, em dias determinados (art. 41, inc. X). É possível a "visita íntima"	Indenização ao Estado das despesas com sua manutenção (art. 39, inc. VIII)
Uso do próprio nome (art. 41, inc.	Higiene pessoal e asseio da cela (art.

XI)	39, inc. IX)
Igualdade de tratamento, salvo quanto à individualização da pena (art. 41, inc. XII)	Conservação de objetos de uso pessoal (art. 39, inc. X)
Audiência com o diretor (art. 41, inc. XIII)	
Direito de representação (art. 41, inc. XIV)	
Contato com o mundo exterior (correspondência escrita, leitura e outros meios): art. 41, inc. XV	
Tratamento por médico particular (art. 43)	

Notas: 1) *Direitos* previstos nos incs. V, X e XV podem ser *suspensos ou restringidos* pelo diretor do estabelecimento carcerário, desde que o faça motivadamente (parágrafo único do art. 41 da LEP); 2) Exige-se do preso provisório a observância dos deveres que são compatíveis com sua situação carcerária.

4. ÓRGÃOS DA EXECUÇÃO PENAL

Os órgãos da execução penal são: 1) Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; 2) Juízo da Execução; 3) Ministério Público; 4) Conselho Penitenciário; 5) Departamento Penitenciário Nacional e Estadual; 6) Patronato; e 7) Conselho da Comunidade e estão previstos no Título III da Lei de Execução Penal, nos arts. 61 a 81.

Órgãos da Execução Penal

Órgão	Composição	Incumbências
***Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária* (arts. 62 a 64)**	Treze membros (professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, representantes da comunidade e dos ministérios da área social) designados pelo Ministério da Justiça, para um mandato de dois anos, renovado 1/3 em cada ano. É subordinado ao	Art. 64 da Lei de Execução Penal: a) propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do crime, administração da justiça criminal e execução das penas e medidas de segurança; b) promover a avaliação periódica do sistema criminal; c) elaborar programa de formação e aperfeiçoamento do

	Ministério da Justiça. Sede no Distrito Federal.	servidor; d) inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos penais; e) acompanhar a execução penal nas unidades federadas, propondo as medidas adequadas ao aprimoramento; f) representar ao juiz da execução a instauração de sindicância ou procedimento administrativo no caso de violação das normas da execução penal; g) representar pela interdição de estabelecimento penal, entre outras incumbências previstas no art. 64.
***Departamentos Penitenciários Nacional* (art. 24, inc. I, da CF) *e Estadual* (facultativo) – arts. 71 e ss. da Lei de Execução Penal**	Composição não estabelecida na Lei de Execução Penal. A Coordenadoria dos Estabelecimentos Penitenciários é, no Estado de São Paulo, o	Art. 72: I – Acompanhar a fiel aplicação das normas de execução penal em todo o território nacional; II – Inspecionar e fiscalizar periodicamente os estabelecimentos e

	Departamento Penitenciário local.	serviços penais; III – Assistir tecnicamente as unidades federativas na implementação dos princípios e regras estabelecidos nesta Lei; IV – Colaborar com as unidades federativas, mediante convênios, na implantação de estabelecimentos e serviços penais; V – Colaborar com as unidades federativas para a realização de cursos de formação de pessoal penitenciário e de ensino profissionalizante do condenado e do internado.

Juízo da Execução **(arts. 65 e 66 da LEP)**	Lei de Organização Judiciária	Art. 66: I) aplicação da lei penal mais benigna; II) declarar extinta a punibilidade; III) decidir sobre soma ou unificação das penas, progressão ou regressão nos regimes, detração ou remição da pena, *sursis*, livramento condicional, incidentes da execução; IV) autorizar saídas temporárias; V) determinar forma de cumprimento e conversão da pena restritiva de direitos, conversão da pena privativa em restritiva de direitos, aplicação e revogação da medida de segurança e a substituição por ela da pena privativa de liberdade, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior, cumprimento da pena e da medida de segurança em

		outra comarca; VI) zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança; VII) inspecionar mensalmente estabelecimentos penais; VIII) promover a interdição de estabelecimentos penais; IX) compor e instalar o Conselho da Comunidade. O rol não é exaustivo. O juiz também pratica atos de natureza administrativa (função judiciária em sentido estrito) na execução penal.

Ministério Público **(arts. 67 e 68 da LEP)**	Promotor de Justiça das Execuções Criminais	Art. 67: fiscalização da execução da pena e da medida de segurança. Incumbe-lhe a visita mensal aos estabelecimentos penais. Ver o art. 68. O rol também não é exaustivo. A não-intimação do Ministério Público, nas decisões que afetam diretamente o título penal executivo ou alteram a forma de cumprimento da pena, gera nulidade absoluta. O Ministério Público também tem função requerente na execução penal.
Patronato **(arts. 78 e 79 da LEP)**	Público ou particular (art. 78)	Art. 79: assistência aos albergados e aos egressos (art. 26). Incumbe-lhe, ainda, orientar os

		condenados à pena restritiva de direitos; fiscalizar o cumprimento da limitação de final de semana e prestação de serviço comunitário; colaborar na fiscalização do cumprimento do livramento condicional e do *sursis*.

Conselho da Comunidade **(arts. 80 e 81 da LEP)**	Composição mínima: um representante da associação comercial ou industrial; um advogado e um assistente social (art. 80). Existência em cada comarca.	Art. 81: visita mensal aos estabelecimentos penais; entrevistar os presos; relatórios mensais ao juiz e ao Conselho Comunitário e obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado.
Conselho Penitenciário **(arts. 69 e 70 da LEP)**	No Estado de São Paulo, é composto por 30 membros, escolhidos pelo Governador entre profissionais da área do Direito Penal e Processual Penal e ciências correlatas, bem como por representantes da comunidade. O mandato é de quatro anos. Ver a Resolução n. 2, de 30.3. 1999, do CNPCP (Boletim n. 79 do *IBCCrim*)	Art. 70 da Lei de Execução Penal: É órgão consultivo e fiscalizador da execução da pena. Entre as atribuições destacam-se: emissão de parecer sobre o indulto, livramento condicional e comutação da pena; inspecionar estabelecimentos e a assistência aos egressos.

Tais órgãos devem atuar em harmonia, objetivando a consecução dos objetivos definidos pela Lei de Execução Penal. Não há, portanto, hierarquia entre eles. Suas atribuições são delimitadas na Lei de Execução Penal para, justamente, evitar conflitos.

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Execução das Penas Privativas de Liberdade

Luiz Fernando Vaggione

1. SISTEMA ADOTADO PELA LEI N. 7.210/84

A Lei de Execução Penal, conhecida como LEP, adotou o sistema progressivo, que consiste na passagem por regimes de cumprimento de pena em ordem decrescente de severidade, desde que presentes os requisitos legais. Preceitua o art. 33, § 2º, do CP, que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado e os critérios previstos no citado parágrafo, ressalvada a possibilidade de transferência para regime mais rigoroso. Por meio desse sistema, visa-se preparar o condenado para o retorno à vida em sociedade, minimizando, paulatinamente, o rigor no cumprimento da pena privativa de liberdade e atribuindo ao condenado uma crescente dose de responsabilidade.

2. COMPETÊNCIA DO JUIZ DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS

Inicia-se a competência do juiz das execuções com o trânsito em julgado da condenação (art. 669 do CPP). Frise-se, no entanto, a admissibilidade da

execução provisória da sentença transitada em julgado para o MP, sendo também competente o juiz das execuções. Por outras palavras, estando pendente de apreciação recurso exclusivo da defesa, torna-se viável a execução imediata da sentença condenatória. Nesse sentido, posicionaram-se o Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, por intermédio do Provimento n. 653/99, e a Corregedoria Geral da Justiça (Provimento n. 15/99). O Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo determinou a publicação do Aviso sob n. 337/99, no qual noticiou a orientação da Promotoria das Execuções Criminais da Capital, nos seguintes termos: "A execução provisória é admissível, nos termos do Provimento n. 653/99 do Conselho Superior da Magistratura, salvo nas hipóteses em que houver recurso da acusação com possível *reformatio in pejus*, hipótese em que deverão ser tomadas as medidas judiciais competentes, por se tratar de posição institucional".

É importante não vincular o início da competência do juiz das execuções, que se dará nos casos supracitados, com o princípio do processo de execução. O início do processo de execução ocorrerá com a autuação da guia de recolhimento (art. 105).

3. GUIA DE RECOLHIMENTO

Como o próprio nome indica, trata-se de documento que orientará a execução da pena privativa de liberdade. Segundo o disposto no art. 107 da LEP, ninguém será recolhido para cumprimento da pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária. É o juiz do processo

de conhecimento que determinará a elaboração e a expedição da guia de recolhimento, desde que o condenado esteja preso ou assim que tal fato lhe for comunicado. O conteúdo da guia de recolhimento está disciplinado no art. 106 da LEP. Ela conterá: o nome do condenado; sua qualificação civil e o número do registro geral no órgão oficial de identificação; o inteiro teor da denúncia e da sentença condenatória, bem como da certidão do trânsito em julgado; a informação dos antecedentes e o grau de instrução; a data do término da pena; outras peças do processo reputadas indispensáveis ao adequado tratamento penitenciário.

A guia de recolhimento será alterada, quando necessário pelo juiz da execução, especialmente quanto ao início e ao término de cumprimento da pena. Segundo determina o art. 76 do CP, no concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave. O CPP, no art. 681, complementa a orientação dispondo que será executada primeiro a de reclusão, depois a de detenção e, por último, a de prisão simples.

4. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL PARA O CUMPRIMENTO DA PENA

Compete ao juiz do processo de conhecimento, na sentença, a fixação do regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 110 da LEP, observado o disposto no art. 33 do CP. Para a determinação do regime inicial concorrerão os critérios estabelecidos no art. 59 do CP (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente; motivos, circunstâncias e conseqüências do crime; comportamento da vítima).

Se a sentença for omissa a respeito, ela poderá ser suprida pelo juiz que a prolatou, por força de embargos declaratórios ou de ofício, enquanto não transitar em julgado. O tribunal, no exame de recurso, poderá determinar que o juiz de primeiro grau complete sua função jurisdicional indicando o regime adequado, suficiente para a reprovação e prevenção do crime (art. 59 do CP). Se o condenado tiver outras condenações, a tarefa de preenchimento da lacuna verificada na sentença poderá ser atribuída ao juiz das execuções. A ele competirá, ainda, a fixação do regime inicial quando houver várias condenações impostas em processos distintos (diversas guias de recolhimento).

5. REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA

São os previstos no art. 33 do CP: fechado (estabelecimento de segurança máxima ou média); semi-aberto (colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar); regime aberto (casa do albergado ou estabelecimento adequado).

5.1. Quadro da Fixação do Regime Inicial

Fechado	Semi-aberto	Aberto
Reclusão superior a	Reclusão superior a 4 anos e que	Reclusão, detenção

8 anos. (art. 33, § 2.º, "a", do CP)	não exceda 8 anos. (art. 33, § 2.º, "b", do CP)	e prisão simples: penas iguais ou inferiores a 4 anos.
Reclusão, qualquer que seja a pena, a critério do juiz. (arts. 33, § 3.º, e 59, do CP)	Reclusão igual ou inferior a 4 anos, a critério do juiz (art. 33, § 3.º, e 59, do CP)	
Reclusão, réu reincidente, qualquer que seja a quantidade de pena imposta. (art. 33, § 2.º, "b", do CP)	**Detenção superior a 4 anos**	
Crimes Hediondos (art. 2.º, § 1.º). Cumprimento integral no regime fechado, salvo para o crime de tortura.	Detenção, réu reincidente, qualquer que seja a quantidade de pena imposta.	
Crime de tortura (art. 1.º, § 7.º, da Lei n. 9.455/97). O regime é, inicialmente,	Detenção igual ou inferior a 4 anos, a critério do juiz (art. 33, § 3.º, e 59 do CP)	

fechado.		
Crimes cometidos por organizações criminosas (art. 10 da Lei n. 9.034/95). O regime é, inicialmente, fechado.		

5.2. Progressão nos Regimes de Cumprimento de Pena

A progressão consiste na passagem por regimes de severidade decrescente, buscando-se assim uma preparação paulatina do condenado para o retorno à sociedade. A progressão está estabelecida no art. 112, da LEP.

5.2.1. *Requisitos para a progressão*

Em primeiro lugar, deve o condenado ter cumprido um sexto da condenação que lhe foi imposta. É o que dispõe o art. 112, *caput*, da LEP. Essa fração não pode ser alterada pelo juiz do processo de conhecimento, na sentença, sob o argumento de que o réu é perigoso ou o crime é grave. O cálculo é realizado sobre o saldo da pena a cumprir, lembrando-se que pena cumprida é pena extinta.

Mas não basta o atendimento ao requisito objetivo acima exposto. É necessário que o condenado tenha *mérito*, isto é, apresente-se preparado para

as responsabilidades inerentes ao regime sucessivo, mais brando. Faz-se uma previsão sobre a adaptação do condenado no novo regime de cumprimento de pena. Essa avaliação é feita pelo exame do seu comportamento no cárcere, do respeito aos demais presos e funcionários do presídio, da inexistência de infrações disciplinares, do comportamento frente ao trabalho, entre outros. Por tal razão, impôs a LEP que a progressão dependerá de parecer da Comissão Técnica de Classificação (CTC) e do exame criminológico, quando necessário (art. 112, par. ún.). Já salientamos que o exame criminológico só é obrigatório quando o condenado se encontre no regime fechado, nos termos do art. 8.º da LEP. Poderá o juiz das execuções, entretanto, determiná-lo aos condenados que estejam cumprindo pena no regime semi-aberto. É imprescindível, finalmente, a prévia manifestação do MP (art. 67 da LEP).

A conclusão do exame criminológico ou os pareceres da CTC e do MP não vinculam o juiz. Pode, no entanto, constituir sério indício de que o condenado ainda não está preparado para progredir nos regimes de cumprimento de pena.

A progressão para o regime aberto (prisão albergue), por sua vez, exige a satisfação do disposto nos arts. 114 e 115 da LEP. O primeiro diz respeito aos pressupostos para o ingresso no regime aberto, entre eles a continuidade ou a imediata possibilidade de trabalho (art. 114, I). O condenado maior de 70 anos; aquele acometido de doença grave; a condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental e a condenada gestante poderão ser dispensados do trabalho. Há condições gerais e obrigatórias a aceitar e cumprir, todas estabelecidas no art. 115 e seus incisos, da LEP: permanecer no local que for designado, durante o repouso noturno e nos dias de folga; sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados; não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial; comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades,

quando for determinado. Outras condições especiais poderão ser impostas pelo juiz das execuções criminais.

O condenado estrangeiro, que não pode trabalhar no Brasil, ou cuja expulsão aguarda o cumprimento da pena, não pode ser posto em regime aberto. Não há prisão albergue na Justiça Militar, salvo a situação excepcional de o condenado estar cumprindo pena em presídio comum.

5.2.2. Progressão "por saltos"

É vedada pelo art. 112 da LEP e pelo par. n. 120 da Exposição de Motivos da LEP. A progressão deve ser executada de forma progressiva, com a transferência para o regime imediato menos rigoroso.

Embora exista vedação legal e, também, incompatibilidade sistemática, a inexistência de vagas no regime semi-aberto costuma ensejar o ingresso imediato no regime aberto. É a posição que prevalece na jurisprudência fundada na inércia do Poder Público. Tendo o condenado direito ao regime menos rigoroso é inconcebível mantê-lo no regime mais severo, sob o argumento da inexistência de vaga.

A outra posição sustenta ser possível manter o condenado no regime fechado à espera de vaga no regime sucessivo. Todavia, se novo período de um sexto de cumprimento de pena configurar-se, o ingresso no regime menos severo seria obrigatório.

5.2.3. Prisão albergue domiciliar (PAD)

Trata-se de uma saída encontrada para superar a falta das casas de albergados. Entretanto, a solução encontrada no dia-a-dia forense viola a LEP, haja vista ser a prisão no domicílio reservada aos condenados que se encontrem nas hipóteses do art. 117.

6. OPERAÇÕES DO JUIZ DAS EXECUÇÕES

6.1. Detração

Trata-se de cômputo na pena privativa, na restritiva de direitos, na medida de segurança, e, com controvérsia, na pena de multa, do tempo de prisão provisória, de internação em hospital de custódia e tratamento ou de prisão administrativa impostas ao condenado.

A detração é tarefa exclusiva do juiz das execuções. Não pode ser feita pelo juiz do processo de conhecimento para, por exemplo, propiciar a fixação de um regime de cumprimento de pena menos severo ao réu ou a substituição por uma pena alternativa.

6.1.1. Detração na pena privativa de liberdade

A operação incide sobre o total da condenação imposta na sentença, levando em consideração as informações contidas na guia de recolhimento.

Discute-se o eventual aproveitamento do tempo de prisão provisória

referente a outro processo. Suponha-se que o condenado requeira ao juiz das execuções a detração, computando-se o tempo de prisão preventiva decretada em processo penal no qual foi absolvido. Há, como adiantamos, controvérsia. Para uma das orientações, a detração é, no caso, impossível, porque a condenação e o tempo a ser descontado de prisão provisória devem ser relativos a um mesmo processo. Para uma segunda corrente, o tempo de prisão provisória imposta em processo no qual o réu foi absolvido pode ser computado para a detração de pena imposta em outro processo, *desde que relativo a crime anteriormente cometido*.

Visa-se evitar que o condenado pratique crimes com a ciência de que, em caso de eventual condenação, terá a sua pena abatida pela detração. A orientação tem como finalidade evitar uma verdadeira conta corrente entre o condenado e o Estado, isto é, propiciar um acúmulo de tempo de prisão provisória, por exemplo, para posterior utilização.

Exs: 1.º) "A", no dia 25 de agosto de 2001, pratica crime de estelionato. É processado e absolvido. Nesse processo, "A" permaneceu 60 dias em prisão preventiva. 2.º) - "A", no dia 13 de janeiro de 2000, cometeu um homicídio. Foi julgado e condenado a 12 anos de prisão. Tratando-se de crime anteriormente cometido, a detração é possível, abatendo-se dos 12 anos os 60 dias de prisão preventiva acima indicados.

6.1.2. Detração na pena restritiva de direitos

Com a alteração na parte geral do CP, especificamente no § 4.º do art. 44 do CP, foi prevista a possibilidade de conversão da pena restritiva em privativa de liberdade. Assim, suprida uma lacuna anteriormente existente, foi sufragado o entendimento favorável à detração da pena restritiva de direitos. A negação a

tal direito ensejaria um tratamento mais severo do que aquele dispensado ao réu condenado a uma pena privativa de liberdade.

6.1.3. Detração na medida de segurança

O abatimento do tempo se faz no prazo mínimo fixado na sentença. Esse prazo, segundo o § 1.º do art. 97 do CP, deverá ser de um a três anos.

6.1.4. Detração na multa

Predomina a impossibilidade da detração. Segundo essa orientação, a alteração do art. 51 do CP, impedindo a conversão da pena pecuniária em detenção, suprimiu o parâmetro que era utilizado para a detração. Há, no entanto, precedentes na jurisprudência em sentido oposto. Para esses posicionamentos, o desaparecimento do parâmetro de conversão não é motivo para a não aplicação da detração, porquanto permanece o "espírito de justiça" que norteava a antiga solução. Ora, se a detração era aplicada à pena privativa de liberdade, por que não poderia estender-se à multa? Assim, continuaríamos a aplicar a detração à pena de multa utilizando o antigo critério previsto no § 1.º do art. 51, isto é, um dia de prisão por dia-multa. Nesse sentido: Agravo em execução n. 1.178.065/4, TACrimSP, rel. juiz Eduardo Pereira, j. 24.2.2000.

6.2. Soma das Penas

Trata-se de operação que pode ser realizada pelo juiz do processo de conhecimento. Ele o faz quando impõe numa única sentença vários crimes ao mesmo réu, considerando as regras do concurso de crimes. A operação

também é feita pelo juiz das execuções quando se depara com várias guias de recolhimento, as quais, como já sabemos, retratam condenações a penas privativas de liberdade impostas em processos distintos.

6.3. Unificação das Penas

Há, na verdade, duas hipóteses de unificação. A primeira ocorre quando foram desatendidas as regras do concurso formal próprio e do crime continuado. Por meio da execução será restaurada a unidade penal prevista no CP. É o que dispõe o art. 82 do CPP:

Art. 82 – Se, não obstante a conexão ou continência, forem instaurados processos diferentes, a autoridade de jurisdição prevalente deverá avocar os processos que corram perante outros juízes, salvo se já estiverem com sentença definitiva. Neste caso, a unidade dos processos só se dará, ulteriormente, para o efeito de soma ou de unificação das penas.

A segunda possibilidade decorre do disposto no art. 75 do CP, ou seja, para impedir o cumprimento de pena privativa de liberdade além dos 30 anos. Se a soma das penas ultrapassar 30 anos, serão unificadas nesse montante. Predomina o entendimento de que os diversos institutos previstos na LEP devem ser calculados sobre a soma total das condenações impostas e não sobre o total unificado. O posicionamento de Mirabete é diverso: para ele o total unificado rege toda a execução penal.

6.3.1. Superveniência de nova condenação

Preceitua o § 2.º do art. 75 do CP que, sobrevindo nova condenação por fato posterior ao cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido. Para a jurisprudência, o tempo a ser desprezado é o compreendido entre o início do cumprimento da pena e a data da prática da nova infração. Sobre o saldo da pena é acrescida a nova condenação, unificando-se novamente se for necessário.

6.4. Remição

Cuida-se de abatimento da pena privativa de liberdade em função do trabalho do preso, na proporção de três dias de trabalho para um dia de pena.

O benefício só é admissível àqueles que estão cumprindo pena no regime fechado ou semi-aberto (art. 126 da LEP). Não se estende àqueles que estão no regime aberto porque o trabalho, nesse regime, é condição para o ingresso e permanência.

Aplica-se o instituto às penas privativas de liberdade. Não pode haver remição, por exemplo, na pena restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade, pois nesse caso a pena é cumprida por meio do trabalho.

Não tem direito à remição, também, o condenado que está em período de prova no livramento condicional e aquele que está submetido à medida de segurança.

6.4.1. Preso provisório

O preso provisório faz jus à remição, embora a Lei n. 8.072/90 nada diga a respeito. Tendo direito à detração, não seria justo privar-lhe da remição, desde que tenha efetivamente trabalhado durante o período de custódia cautelar. Sabemos que o preso provisório não tem o dever de trabalhar, mas, se o fizer, deve receber a contraprestação consistente na remuneração e no aproveitamento dos dias para efeito de remição.

6.4.2. Exigência do efetivo trabalho

O benefício exige o efetivo trabalho, de modo que a inércia do Poder Público não gera a aplicação do instituto automaticamente. Há quem sustente opinião diversa, todavia tal corrente é minoritária.

O novo total, ou seja, aquele obtido por meio da remição é o que servirá de base para a aplicação dos institutos da LEP, tais como a progressão dos regimes, o livramento condicional, o indulto, o benefício da saída temporária, entre outros.

6.4.3. Remição pelo estudo

A remição pelo estudo não está prevista na lei. No entanto, a Secretaria da Administração Penitenciária, a FUNAP e a COESPE lançaram, em setembro de 2000, uma campanha para a remição da pena privativa de liberdade pela educação. Essa iniciativa visou a sensibilização de juízes e promotores de justiça para essa nova modalidade de remição. Para tanto, foram os advogados da FUNAP orientados a formular os pedidos para os sentenciados. Segundo consta do ofício remetido aos diretores de

estabelecimentos prisionais, o estudo pode referir-se a aulas do PEB, do Telecurso ou mesmo de cursos profissionalizantes. A cada 18 horas de estudo corresponderia um dia de pena cumprida. Adotou-se, portanto, o critério estabelecido para a remição pelo trabalho, isto é, três dias de trabalho, com uma jornada mínima de seis horas. O fundamento dessa novidade repousa na identidade de finalidades entre a remição pelo trabalho e aquela oriunda do estudo: a reeducação do condenado, oferecendo-lhe condições para uma melhor reintegração social.

Há resistência à concessão da remição pelo estudo, em virtude da sua não previsão legal. Não obstante, especialmente no interior do Estado de São Paulo, existem decisões favoráveis.

6.4.4. *Perda do tempo remido*

Segundo dispõe o art. 127 da LEP, o condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar.

A questão é controvertida, embora seja claro o dispositivo. Há precedentes reconhecendo a preclusão da decisão que defere a remição, não mais podendo ser revista caso seja ultrapassado o momento oportuno para a interposição do recurso de agravo em execução. Tais decisões vêem na remição um direito público subjetivo do condenado, do qual não pode ser ele privado após a imutabilidade da decisão que lhe concedeu a remição (TACrimSP, Ag. 531.081, Rel. juiz Paulo Franco).

O STF, no entanto, rechaça a tese de direito adquirido, afirmando que a inexistência de punição por falta grave é condição para a manutenção do benefício. Praticando falta grave, enfatiza o STF, o condenado deixa de ter

direito à remição, assim como se revogaria o *sursis* ou o livramento condicional quando o condenado pratica novo crime ou sofre condenação durante o período de prova. A remição, portanto, está sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*. Nesse sentido: HC n. 77.592-0/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 3.11.98).

7. REGRESSÃO NOS REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA

A disciplina da regressão encontra-se no art. 118 da LEP. O cumprimento da pena privativa de liberdade ficará sujeita a forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: a) praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; b) sofrer condenação cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime; no cumprimento da pena em regime aberto, além das hipóteses anteriores, frustrar os fins da execução, ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

A regressão “por saltos”, ao contrário do que ocorre com a progressão, é permitida pela LEP, porquanto o art. 118, *caput*, dispõe que o juiz poderá transferir o condenado para qualquer dos regimes mais rigorosos.

7.1. Requisitos para a Regressão

O primeiro deles refere-se à prática de crime definido como crime doloso. Não há exigência de condenação, basta o cometimento de delito doloso.

No que concerne à prática de falta grave, do mesmo modo é prescindível a efetiva punição disciplinar.

Porém, nos termos do § 2.º do art. 118, nas hipóteses supracitadas (inc. I), o condenado deve ser previamente ouvido pelo juiz. Essa providência não é meramente formal. Se for necessário, o juiz das execuções deverá lançar mão do procedimento judicial previsto nos arts. 194 e ss. da LEP.

A regressão é facultativa no caso de prática de crime culposo ou de contravenção.

No inc. II do art. 118 está disposto que a nova condenação, somada ao restante da pena, poderá tornar incompatível o regime em que se encontra o condenado.

7.1.1. Regressão no regime aberto

As causas de regressão, já citadas anteriormente, estão disciplinadas no § 1.º do art. 118. Nesses casos, a decisão deverá ser precedida de prévia oitiva do condenado (art. 118, § 2.º), sob pena de nulidade absoluta decorrente de violação do princípio do contraditório e da ampla defesa, presentes no processo de execução.

Descumprir as condições impostas pelo juiz da sentença ou das execuções constitui falta grave, que ensejará a regressão. De outro lado, a

conduta incompatível com a responsabilidade esperada do condenado no regime aberto também poderá acarretar a regressão nos regimes.

O não pagamento da multa, desde que se trate de condenado solvente, tornará a regressão providência judicial viável.

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Cumprimento das Penas Restritivas de Direitos

Luiz Fernando Vaggione

1. INTRODUÇÃO

As penas restritivas de direitos encontram-se inseridas no art. 43 do Código Penal, a saber: I) prestação pecuniária; II) perda de bens e valores; III) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; IV) interdição temporária de direitos; V) limitação de final de semana. Essas penas visam evitar o cumprimento de sanções privativas de liberdade de curta ou média duração, ante os notórios malefícios decorrentes do encarceramento e a necessidade de facilitar a reintegração social do condenado.

2. CARÁTER SUBSTITUTIVO

As penas restritivas de direitos são autônomas e *substituem* as penas privativas de liberdade quando essas não superarem quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. A quantidade de pena privativa é indiferente se o crime for culposo (art. 44, inc. I, do CP). Assim, não podem as penas restritivas de direitos ser aplicadas diretamente. Exceção: Lei n. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais).

3. IMPEDEM A SUBSTITUIÇÃO POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS

a) Penas privativas de liberdade superiores a quatro anos.

b) Condenações impostas em decorrência de crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa.

c) Reincidência em crime doloso: o § 3.º do art. 44 do Código Penal dispõe, todavia, que, salvo na reincidência específica, poderá o juiz aplicar a substituição, desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável.

d) Insuficiência da substituição: se o juiz verificar – após a análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do condenado e dos motivos e circunstâncias da infração penal – que a substituição da pena privativa de liberdade não atende à necessidade de prevenção geral e especial, deixará de realizar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, inc. II, e § 3.º, do CP).

4. REGRAS PARA A SUBSTITUIÇÃO

Na condenação que não supere um ano (igual ou inferior), a substituição poderá ser feita por uma pena restritiva de direitos *ou* por uma pena de multa. Sendo superior, a substituição poderá ser feita por duas penas restritivas de

direitos ou por uma pena restritiva de direitos *e* uma pena de multa (art. 44, § 2.°, do CP).

Proporção: um dia de pena restritiva de direitos para cada dia de pena privativa de liberdade.

5. CONVERSÃO

No caso de descumprimento injustificado da pena restritiva de direitos, essa será convertida em privativa de liberdade. O juiz das execuções criminais deduzirá, da pena privativa anteriormente fixada, o tempo já cumprido de pena restritiva, observado o saldo mínimo de 30 dias de reclusão ou detenção (art. 44, § 4.°, do CP). A proporção para a conversão é a mesma empregada para a substituição: para cada dia de pena restritiva de direitos corresponderá um dia de pena privativa de liberdade. A operação deverá respeitar o saldo mínimo já aludido.

Há outra possibilidade de conversão, prevista no § 5.º do art. 44 do Código Penal: no caso de superveniência, por outro crime, de nova condenação à pena privativa de liberdade, o juiz das execuções penais decidirá sobre sua conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

6. TRÁFICO DE ENTORPECENTES

Há controvérsia acerca da aplicação das penas restritivas de direitos aos crimes hediondos ou assemelhados. A discussão acentua-se no art. 12 da Lei n. 6.368/76 porque a pena mínima, cominada em abstrato, é de três anos de reclusão e o delito previsto é o praticado sem emprego de violência ou grave ameaça à pessoa. Surgiram, então, duas correntes. A primeira sustentando a *impossibilidade da substituição,* por ser a medida insuficiente para a reprovação estatal ao tráfico ilícito de entorpecentes – um crime evidentemente grave, que afeta a saúde pública e a vida de crianças e adolescentes, que é reconhecido como assemelhado ao hediondo e cuja pena deve ser cumprida integralmente em regime fechado. Essa é a orientação que predomina no Supremo Tribunal Federal (HC n. 80.207-RJ; HC n. 80.010-MG; HC n. 79.567-RJ; HC n. 70.445-RJ). Há precedentes no mesmo sentido no Superior Tribunal de Justiça: (HC n. 9.953-RJ e HC n. 10.796-MG). A Promotoria das Execuções Criminais da Capital, do Ministério Público de São Paulo, em reunião realizada em 18.6.1999, deliberou que: “Ao art. 12 da Lei n. 6.368/76 não são aplicáveis as penas alternativas, inseridas no ordenamento jurídico pela Lei n. 9.714/98, ante o óbvio contra-senso de fazê-las incidir em delito reconhecido como hediondo e cuja pena deve ser cumprida integralmente em regime fechado” (Aviso PGJ n. 337/99). A segunda posição *admite a substituição* em caso de tráfico de entorpecentes, ante a inexistência de vedação expressa nesse sentido, desde que satisfeitos os requisitos objetivos, subjetivos e a suficiência da medida para fins de repressão, nos termos do art. 44, incs. I, II e III, do Código Penal.

7. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA – *SURSIS*

O instituto do *sursis* é incompatível com as penas restritivas de direitos, sendo aplicável exclusivamente às penas privativas de liberdade (STF, HC n. 67.308-RS).

8. TRANSAÇÃO PENAL

Nos termos do art. 76 da Lei n. 9.099/95, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. Vê-se que na Lei dos Juizados Especiais Criminais o cumprimento de pena restritiva de direitos não substitui a privativa de liberdade, sendo, portanto, sanção principal. Assim, a inexecução do acordo não gera a automática conversão em pena privativa de liberdade.

9. EXECUÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITO

Não há na Lei de Execução Penal determinação para a extração de uma guia para a execução. Não obstante a omissão, um documento similar à *guia de recolhimento* deverá ser expedido pelo juiz do processo de conhecimento, o que tornará viável a execução da sanção. Diversamente ocorre com a pena privativa de liberdade (art. 105), com a multa (art. 164), ou com a medida de segurança (art. 171). Referido documento deverá conter os dados relativos aos antecedentes do condenado, seu grau de instrução e deverá ser acompanhado

de cópia da denúncia e da sentença condenatória. Com base nas informações remetidas pelo juiz do processo de conhecimento, por meio da guia para a execução da pena restritiva de direitos, é que será elaborado o programa individualizador pela Comissão Técnica de Classificação (CTC).

Para a execução, o juiz poderá *requisitar*, ou seja, exigir a colaboração de entidades públicas, ou simplesmente *solicitá-la* de entidades particulares (art. 147 da LEP). Por tal razão, tais entidades particulares poderão negar-se a colaborar, inexistindo sanções de quaisquer espécies para essa sua decisão.

A forma de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade ou a de limitação de final de semana poderá, nos termos do art. 148 da Lei de Execução Penal, ser alterada a qualquer momento pelo juiz: de ofício, ou, a requerimento do Ministério Público, do Conselho Penitenciário (art. 69), do Patronato (art. 79, inc. II), da CTC, ou do próprio condenado. Essas alterações poderão recair, por exemplo, nos dias de cumprimento da restrição, nos horários de entrada e saída, na modificação dos programas de prestação de serviços, visando ajustá-los às condições pessoais do condenado ou às características do estabelecimento ou do programa a que estiver submetido.

10. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA

Segundo preceitua o § 1.º do art. 45 do Código Penal, a prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro – à vítima, a seus dependentes, ou à entidade pública ou privada com destinação social –, de importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a 360 salários mínimos. O valor pago será deduzido de eventual condenação decorrente de

ação indenizatória proposta. Lembramos que o § 2.º do art. 45 do Código Penal possibilita ao juiz a fixação de uma prestação de outra natureza. Para o Professor Damásio de Jesus, essa prestação poderá ser, por exemplo, consistente numa obrigação de fazer. A substituição da prestação pecuniária por essa pena alternativa inominada depende da aceitação do beneficiário.

Não há norma de execução penal a respeito da pena de prestação pecuniária. Tampouco sobre a pena de prestação de outra natureza, também denominada pelo Professor Damásio de Jesus pena *alternativa inominada*.

11. PERDA DE BENS E VALORES

Essa pena restritiva de direitos está disciplinada no § 3.º do art. 45 do Código Penal. Segundo o referido dispositivo, consiste na perda de bens e valores pertencentes ao condenado em favor do Fundo Penitenciário Nacional, salvo destinação diversa prevista na legislação especial. É o que ocorre com a expropriação de glebas nas quais se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas (Lei n. 8.257/91), as quais, após a perda, deverão ser destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos (cf. o art. 243 da CF). Outra exceção diz respeito ao confisco de bens e valores utilizados nos crimes definidos na Lei Antitóxicos (art. 34 da Lei n. 6.368/76). Segundo o art. 34 da Lei Antitóxicos, salvo destinação especial determinada pela Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD), os valores apreendidos (moeda nacional ou estrangeira) e os recursos obtidos com a venda (leilão) dos bens serão enviados ao Fundo Nacional Antidrogas (FUNAD). Por meio dele serão financiados programas de prevenção, tratamento e recuperação de dependentes, aparelhamento das polícias, cursos

para a formação de pessoal especializado, entre outras atividades ligadas ao combate à toxicomania.

Para a fixação da sanção alternativa, prevista no § 3.º do art. 45 do Código Penal (perda de bens e valores), leva-se em consideração o montante do prejuízo causado e o proveito obtido pela prática do crime, adotando aquele que for maior. Também não há norma de execução dessa sanção na Lei de Execução Penal.

12. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE

Disciplinada nos arts. 149 e 150 da Lei de Execução Penal, consiste na atribuição ao condenado de tarefas em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos, entre outras, ou em programas comunitários ou estatais (art. 46, § 2.º, do CP), que deverão observar as aptidões do condenado (art. 46, § 3.º, do CP). A realização das tarefas é gratuita (art. 46, § 1.º, do CP), não se estabelecendo uma relação empregatícia.

As regras para a substituição da pena privativa pela de prestação de serviços à comunidade são:

- a condenação deve ser superior a seis meses de privação de liberdade;
- converte-se à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, sem prejudicar a jornada de trabalho normal do condenado;
- nas condenações superiores a um ano, o condenado poderá, excepcionalmente, cumprir a prestação de serviços em menor tempo,

porém nunca num lapso inferior à metade da pena privativa de liberdade substituída.

Nos termos do art. 149 da Lei de Execução Penal, incumbe ao juiz das execuções penais a tarefa de designar a entidade ou o programa a que estará submetido o condenado, devendo cientificá-lo a respeito dos dias e horários em que deverá cumprir a pena. Na mesma oportunidade deverá ser advertido sobre a conseqüência do descumprimento dessas tarefas, ou seja, a conversão em pena privativa de liberdade, consoante dispõe o art. 181, § 1.º, da Lei de Execução Penal. Compete também ao juiz das execuções penais a tarefa de alterar a forma de execução, visando ajustá-la às novas condições do condenado.

Notas:

a) Carga horária: 8 horas semanais, em qualquer dia da semana, sábados e domingos inclusive, ou nos feriados, desde que não prejudique o trabalho normal do condenado. Admite-se o desdobramento da carga horária semanal. A execução inicia-se com o primeiro comparecimento (§ 2.° do art. 149).

b) Duplicação ou aumento da carga horária para propiciar o término antecipado da restrição: impossibilidade. O tempo de cumprimento da pena restritiva de direitos coincide com o tempo da pena privativa de liberdade substituída, salvo na hipótese da pena privativa de liberdade ser superior a um ano (arts. 46, § 4.º, e 55 do CP).

c) Fiscalização: do Patronato, da própria entidade e do Ministério Publico.

d) Relatórios: a entidade que recebe os serviços deverá encaminhá-los mensalmente ao juiz das execuções. A qualquer tempo o referido juiz deverá informar sobre eventuais ausências ou faltas disciplinares (art. 150 da LEP).

e) Conversão: está prevista no § 1.° do art. 181 da Lei de Execução Penal para as seguintes hipóteses: I) quando o condenado não for encontrado pessoalmente ou não atender à intimação por edital; II) não comparecer injustificadamente à entidade ou ao programa a que foi designado; III) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto; IV) praticar falta grave; V) sofrer condenação, por outro crime, à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.

f) A obrigação imposta ao condenado não pode ser transferida a terceiro.

13. INTERDIÇÃO TEMPORÁRIA DE DIREITOS

A interdição temporária de direitos destaca-se pela ação preventiva, já que impede que o condenado desenvolva atividades em que se mostrou perigoso, nocivo à sociedade. Trata-se de uma interdição *temporária*, não se confundindo com os efeitos secundários da condenação, previstos no art. 92 do Código Penal.

Estão previstas no art. 47 do Código Penal: I – proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; II – proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do Poder Público; III –

suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; IV – proibição de freqüentar determinados lugares.

Sua execução encontra-se disciplinada nos arts. 154 e 155 da Lei de Execução Penal. Incumbe ao juiz das execuções comunicar à autoridade competente a pena aplicada, determinando a intimação do condenado. Na hipótese de interdição temporária para o exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, a autoridade competente deverá baixar ato em 24 horas, contadas do recebimento da comunicação judicial, dando-se, assim, início à execução da interdição de direito. No caso dos incs. II e III do art. 47 do Código Penal, o juiz das execuções determinará a apreensão dos documentos que autorizam o exercício do direito interditado.

Registramos que o art. 292 da Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) derrogou o inc. III do art. 47 do Código Penal (suspensão da habilitação para dirigir veículo). Explicamos: segundo dispõe o art. 57 do Código Penal, o inc. III do art. 47 aplica-se exclusivamente aos crimes culposos de trânsito. Ora, atualmente, os crimes culposos de trânsito são o homicídio e a lesão corporal culposa de trânsito (arts. 302 e 303 do CTB), sendo cominadas a essas infrações a pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a *habilitação* para dirigir veículos automotores. A nova sanção é cumulada à pena privativa de liberdade, diversamente do que ocorreria com a sanção substitutiva prevista no inc. III do art. 47 do Código Penal. Como o Código de Trânsito Brasileiro não menciona a autorização para conduzir veículos automotores (ciclomotores), sustenta-se na doutrina a aplicabilidade do inc. III do art. 47, nessa parte. Por essa razão afirmamos que o dispositivo foi revogado parcialmente.

14. LIMITAÇÃO DE FINAL DE SEMANA

Disciplinada no art. 48 do Código Penal e arts. 151 a 153 da Lei de Execução Penal, a limitação de final de semana consiste na obrigação do condenado de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 horas diárias, em Casa do Albergado ou outro estabelecimento adequado, a critério do juiz das execuções (art. 151 da LEP).

Notas:

a) Início do cumprimento: com a intimação do condenado. Deve ser consignada a advertência sobre a conseqüência de descumprimento da pena restritiva imposta (art. 181, § 2.°).

b) Tempo de cumprimento: idêntico ao da pena substituída.

c) Conversão: está disciplinada no § 2.° do art. 181 da Lei de Execução Penal. Ocorrerá nas hipóteses de não-comparecimento do condenado ao estabelecimento que lhe foi designado para o cumprimento da pena; de recusar-se a exercer a atividade determinada pelo juiz; de não ser encontrado, por estar em local incerto ou desatender à intimação por edital; de praticar falta grave; de sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.

15. MEDIDA DE SEGURANÇA

A Lei n. 7.209/84 introduziu o sistema *vicariante* ou unitário, segundo o qual não podem ser aplicadas pena privativa de liberdade ou multa

concomitante à medida de segurança. Antes da reforma de 1984, entretanto, vigorava o sistema do *duplo binário* que possibilitava a imposição cumulativa das sanções supracitadas com a medida de segurança.

Assim, para os inimputáveis deve ser imposta, exclusivamente, medida de segurança. Para os semi-imputáveis há duas possibilidades: I) pena privativa de liberdade obrigatoriamente reduzida de um a dois terços (o parâmetro para a redução será a intensidade da enfermidade mental do agente (*RT* 599/312); II) substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança, quando o agente necessitar de especial tratamento curativo (art. 98 do CP). Realizada a substituição, é ela irreversível. Em resumo, no caso de inimputabilidade, a medida de segurança é obrigatória, enquanto na hipótese de semi-imputabilidade a medida de segurança é facultativa. A periculosidade é presumida em relação ao inimputável (arts. 26, *caput*, e 97 do CP). Em se tratando de semi-responsável, a periculosidade deve ser expressamente reconhecida e declarada pelo juiz do processo de conhecimento (periculosidade real), quando o condenado necessitar de especial tratamento curativo.

Na Lei Antitóxicos, o semi-imputável deve cumprir a pena privativa, não sendo possível substituí-la por tratamento (art. 19, par. ún., da Lei n. 6.368/76).

Em relação às medidas de segurança também vigora, como não poderia deixar de ser, o princípio da legalidade. Ou seja, só podem ser impostas aquelas previstas em lei. E quais são? As medidas de segurança são, atualmente, exclusivamente pessoais: a) internação em hospital de custódia e tratamento, também chamada medida de segurança *detentiva*. Ela é obrigatória quando ao crime praticado for cominada abstratamente pena de reclusão (art. 97, primeira parte, do CP); b) tratamento ambulatorial (não detentiva). O tratamento ambulatorial *pode* ser aplicado ao crime punido com

detenção. Conseqüentemente, não se aplica mais medida de segurança ao autor de crime impossível (art. 17 do CP).

Não mais existe a imposição provisória de medida de segurança, outrora aplicada aos ébrios habituais e toxicômanos. Os arts. 378 e 380 do Código de Processo Penal, que tratavam da aplicação provisória da medida de segurança, foram tacitamente revogados pela Reforma de 1984.

A submissão do condenado à medida de segurança é ato de competência do juiz do processo de conhecimento, na sentença. Depende da existência de prova de que o réu praticou um comportamento típico e antijurídico. Pode ocorrer, no entanto, que durante a execução de uma pena privativa de liberdade sobrevenha doença mental. Nessa hipótese o juiz das execuções poderá adotar duas soluções. A primeira consiste na transferência do condenado para hospital de custódia ou tratamento (art. 108 da LEP). A segunda, reservada para os casos mais graves, consiste na conversão da pena privativa de liberdade em medida de segurança, nos termos do art. 183 da Lei de Execução Penal. A conversão é definitiva, razão pela qual deverá ser adotada nos casos mais graves.

Na fixação da medida de segurança, o juiz deve determinar o prazo mínimo de sua duração. O § 1.º do art. 97 do Código Penal dispõe que esse lapso será de no mínimo um ano e no máximo de três anos. Na fixação desse prazo, que não poderá ser inferior ou superior ao previsto no art. 97, o juiz observará a gravidade dos fatos e os sintomas descritos no laudo de exame psiquiátrico (*RT* 618/308).

Sabemos que o prazo para a duração da medida de segurança depende da cessação de periculosidade do agente, o que implica afirmar que sua duração é indeterminada. O primeiro exame de cessação de periculosidade, como regra, será realizado ao termo do prazo mínimo de duração da medida de segurança.

Caso seja necessário, poderá o juiz das execuções, de ofício ou a requerimento, determiná-lo a qualquer tempo (§ 2.º do art. 97 do CP).

No caso de semi-imputabilidade, o juiz, na sentença, deverá fixar a pena privativa, para depois substituí-la por medida de segurança, caso o condenado necessite de especial tratamento curativo (periculosidade real). Lembremo-nos, ademais, que a pena imposta regulará a prescrição da pretensão executória estatal. Mirabete ensina que não há necessidade de fixação da pena privativa de liberdade, posto que, uma vez realizada a substituição por medida de segurança, é esta irreversível.

A medida de segurança não pode ser imposta em segunda instância, na hipótese de recurso exclusivo da defesa. Aplica-se a Súmula n. 525 do Supremo Tribunal Federal. Há, no entanto, precedente no Superior Tribunal de Justiça admitindo a imposição na hipótese ventilada, em razão da não incidência da referida orientação do Supremo Tribunal Federal, posto que nascida sob as luzes do sistema do duplo binário.

Cabe, aqui, duas hipóteses interessantes:

- Suponha que a um mesmo réu tenham sido impostas várias medidas de segurança. Executa-se somente uma delas. Verificada a cessação da periculosidade, deve o indivíduo ser desinternado do hospital de custódia e tratamento ou liberado do tratamento ambulatorial, não se podendo sequer cogitar em aplicar outras medidas de segurança decorrentes de processos criminais diversos.

- Imagine, agora, a imposição de medida de segurança e pena privativa de liberdade, em processos distintos, a um mesmo réu. Ensina Mirabete, após enfatizar que a Lei de Execução Penal não previu expressamente a questão, que o juiz das execuções ao receber as duas

guias (de recolhimento e de execução de medida de segurança) determinará, de imediato, o exame de cessação de periculosidade, nos termos do art. 176 da Lei de Execução Penal. Diante do resultado do exame, poderão advir distintas conseqüências jurídicas, a saber:

- Caso seja constatado que o condenado não mais é portador de doença mental ou perturbação da saúde mental, o juiz das execuções deve submetê-lo ao cumprimento da pena. A medida de segurança ficará extinta após um ano, contado do término do cumprimento da pena. Aplica-se, por analogia, o art. 97, § 3.º, do Código Penal.

- Supondo que os exames revelem que o condenado é ainda portador de doença mental, perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, pode o juiz optar pela transferência para hospital psiquiátrico (art. 108 da LEP) ou pela conversão da pena em medida de segurança (art. 183 da LEP). A opção do juiz é tomada diante do grau de periculosidade do agente.

15.1. Execução da Medida de Segurança

A execução da medida de segurança deve obedecer ao contido na guia, expedida pelo juiz da sentença, para a internação em hospital de custódia e tratamento ou para o tratamento ambulatorial. Assim, expede-se uma *guia* (art. 172), cujo conteúdo deve atender ao previsto no art. 173 da Lei de Execução Penal.

A falta de vaga em estabelecimento, decorrente do descaso do Estado, não justifica o recolhimento em estabelecimento carcerário comum. Sendo o

caso, deve o internado ser encaminhado a outro estabelecimento de custódia e cura (art. 14, § 2.°, da LEP), inclusive particular, se for conveniado para essa finalidade e se as condições de segurança foram compatíveis com a periculosidade do agente.

16. DO EXAME DE CESSAÇÃO DE PERICULOSIDADE – ART. 175 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Como já vimos, embora haja fixação de prazo mínimo para a duração da medida de segurança, a verificação da cessação de periculosidade poderá ser determinada pelo juiz a qualquer tempo (art. 176). Não sendo o caso de antecipar o exame, findo o prazo mínimo de duração fixado na sentença, a autoridade administrativa, independentemente de ordem judicial, deve providenciar o exame. O exame, após o transcurso do prazo mínimo, deve ser renovado anualmente (art. 97, § 2.°, do CP).

Abate-se do prazo mínimo o tempo de prisão provisória ou de prisão administrativa (detração penal).

A decisão judicial, que desinterna o indivíduo do hospital de custódia e tratamento ou que o libera do tratamento ambulatorial, só pode ser executada após transitar em julgado. Trata-se de caso excepcional, no qual prevê a Lei de Execução Penal efeito suspensivo ao agravo em execução (art. 179 da LEP). Após a desinternação, que é condicional, o indivíduo tem a obrigação de obter ocupação lícita e de comunicá-la periodicamente, além de não poder transferir sua residência sem autorização judicial. São as mesmas condições impostas obrigatoriamente ao liberado condicional (art. 132). Outras obrigações poderão ser impostas, nos termos do § 2.º do art. 132 da Lei de Execução Penal. Caso

pratique *fato* indicativo de sua periculosidade – não se exige o cometimento de infração penal – dentro do período de um ano, será restabelecida a medida de segurança.

Lembretes finais:

- O exame criminológico é obrigatório no caso de internação em hospital de custódia e tratamento (art. 174 da LEP).
- Prescrição executória da medida de segurança: há duas posições. Para a primeira, não se pode falar em prescrição da pretensão executória, pois essa pressupõe a aplicação de pena (STJ, REsp. n. 2.021, de 4.6.1990). Nos termos da segunda corrente, a prescrição ora em estudo deve ser regulada pela pena máxima cominada em abstrato ao delito praticado. É a posição de Mirabete. Tratando-se de semi-imputável, a prescrição regular-se-á pela pena privativa de liberdade substituída.

MÓDULO XX

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Abuso de Autoridade – Lei n. 4.898/65

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Abuso de Autoridade – Lei n. 4.898/65

Luiz Fernando Vaggione

1. NOÇÕES GERAIS

Como ensina o Professor Damásio de Jesus, o abuso de autoridade compreende as relações privadas. Contudo, a Lei n. 4.898/65 aborda os abusos cometidos no exercício de função pública. Assim, a denominação correta da Lei em estudo seria "Abuso de Poder".

Abuso é o uso do poder fora dos seus limites legais. É o seu exercício excessivo.

"O *excesso de poder* ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e exorbita no uso de suas faculdades administrativas. Excede, portanto, a sua competência legal e, com isso, invalida o ato, porque ninguém pode agir em nome da Administração fora do que a lei lhe permite. O excesso de poder torna o ato arbitrário, ilícito e nulo. É uma forma de *abuso de poder* que retira a legitimidade da conduta do administrador público, colocando-o na ilegalidade, e até mesmo no crime de abuso de autoridade quando incide nas previsões penais da Lei 4.898, de 9.12.1965..."[1].

[1] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT, 1978. p. 83.

Função pública, por sua vez, nas palavras de Gilberto e Vlademir Passos de Freitas, é qualquer atividade que realize fins próprios do Estado, ainda que exercida por pessoas estranhas à Administração Pública ou gratuitamente.

Regula-se na Lei n. 4.898/65 o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal contra as autoridades que, no exercício de suas funções, cometerem abusos.

1.1. Direito de Representação e Ação Penal

Art. 2.º O direito de representação será exercido por meio de petição:

a) dirigida à autoridade superior que tiver competência legal para aplicar, à autoridade civil ou militar culpada, a respectiva sanção;

b) dirigida ao órgão do Ministério Público que tiver competência para iniciar processo-crime contra a autoridade culpada;

Parágrafo único. A representação será feita em duas vias e conterá a exposição do fato constitutivo do abuso de autoridade, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e o rol de testemunhas, no máximo de três, se as houver.

O legislador empregou o vocábulo “representação” no sentido de *notitia criminis*. Não confundi-la, pois, com a representação exigida para o início da ação penal, prevista no § 1.º do art. 100 do Código Penal. Não se trata, assim, de condição de procedibilidade para o exercício da ação penal, como claro restou com a edição da Lei n. 5.249/67:

Art. 1º. A falta de representação do ofendido, nos casos de abusos previstos na Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965, não obsta a iniciativa ou o curso de ação pública.

Ficou evidente, portanto, que os crimes definidos na Lei n. 4.898/65 são de ação penal pública incondicionada.

Essa notícia do crime, consoante acentua Tourinho Filho, em sua obra *Processo Penal*, pode ser de “cognição imediata”, quando a autoridade policial toma conhecimento do fato por meio de suas atividades rotineiras. Será de “cognição mediata”, quando o conhecimento do fato é levado à autoridade por meio de requerimento da vítima, ou por requisição do Poder Judiciário ou do Ministério Público, ou mediante representação. Ela será de “cognição coercitiva” no caso de prisão em flagrante. Dessa classificação resulta que a *notitia criminis*, de que trata a Lei n. 4.898/65, é de cognição mediata.

Já que a representação do art. 2.º da Lei n. 4.898/65 não é uma condição de procedibilidade, consoante já frisamos, como interpretar as formalidades nela inseridas pelo legislador? Devemos lembrar que a Lei em estudo visa a rápida apuração e julgamento dos abusos de poder. Assim, se a notícia do crime propiciar o imediato convencimento do órgão do Ministério Público, por serem as informações completas e seguras, esse oferecerá a denúncia em 48 horas (art. 13). Evidentemente que, ao membro do Ministério Público, será facultada a requisição de inquérito policial para melhor apurar o fato que lhe foi noticiado, quando lhe parecer necessário.

A representação não precisa ser assinada por advogado. Será encaminhada:

- ao Ministério Público para providências na órbita penal, que a receberá como uma comunicação nos termos do art. 5.º, § 3.°, do Código de Processo Penal;
- à autoridade administrativa com atribuição legal para aplicar ao autor do abuso, seja autoridade civil ou militar, a respectiva sanção.

1.2. Objetividade Jurídica

Dupla é a objetividade jurídica dos crimes definidos na lei. A objetividade jurídica imediata é a proteção dos direitos e das garantias assegurados às pessoas físicas ou jurídicas, notadamente na Constituição Federal. Tutela-se, também, a normal prestação de serviços pelo Estado (objetividade jurídica mediata).

1.3. Competência

A competência poderá ser da Justiça Comum federal ou estadual; sendo competente, como regra, o Juízo do lugar onde se consumar a infração (art. 70 do CPP). Sendo o autor do abuso servidor federal, a competência será da Justiça Federal, nos termos do art. 109, inc. IV, da Constituição Federal. Nos demais casos, a competência será da Justiça Estadual.

No caso de a infração ser cometida por policial militar, a competência será da Justiça Comum estadual. Nesse sentido a Súmula n. 172 do Superior Tribunal de Justiça: *Compete à Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que prestado em serviço*. Os crimes de abuso de poder não estão previstos no Código Penal Militar; logo, não são crimes militares, conforme preceitua o art. 124 da Constituição Federal. Na

hipótese de conexão de crime militar com abuso de poder, cinde-se o processo nos termos do art. 79, inc. I, do Código de Processo Penal.

1.4. Sujeito Ativo

Trata-se de crime próprio, pois só podem ser praticados por *autoridade*. Considera-se autoridade, nos termos do art. 5.º da Lei n. 4.898/65, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração.

Não é imprescindível que o indivíduo seja funcionário público; porém, é necessário que exerça uma função pública e tenha *autoridade*, ou seja, que tenha capacidade de determinar, de se fazer obedecer.

Assim, exemplificativamente, podem ser considerados autoridades, magistrados, membros do Ministério Público, policiais civis, militares ou federais, oficiais de justiça, advogados do Estado, comissários de menores, prefeitos, vereadores, guardas-noturnos etc.

Devem ser excluídos do conceito de autoridade aqueles que exercem um *munus* público, isto é, o que procede de autoridade pública ou de lei e obriga o indivíduo a certos encargos em benefício da coletividade ou da ordem social. Lembramos aqui os tutores e curadores dativos, inventariantes, síndicos e comissários, depositários judiciais etc.

O concurso de pessoas é perfeitamente admissível. O terceiro que, sem ser autoridade, concorra para o crime com quem o seja, ciente dessa qualidade especial, responderá nos termos da Lei n. 4.898/65, por força do disposto no art. 30 do Código Penal. *Autoridade* é elementar dos crimes de abuso de poder, transmitindo-se ao terceiro que não se revista dessa qualidade.

1.5. Sujeitos Passivos

Trata-se de crimes com dupla subjetividade passiva, sendo sujeito passivo imediato ou principal qualquer pessoa física ou jurídica. Sujeito passivo mediato ou secundário é o Estado, como titular da administração pública.

Cuidando-se de sujeito passivo criança ou adolescente, aplicam-se os arts. 230 a 234 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90).

2. SANÇÕES

As sanções decorrentes dos crimes de abuso de autoridade estão disciplinadas no art. 6.º da Lei n. 4.898/65, divididas em administrativas (§ 1.º), civis (§ 2.º) e penais (§ 3.º).

As sanções administrativas reservadas à autoridade que seja servidor público são: a advertência; a repreensão; a suspensão do cargo, ofício ou posto, por prazo de cinco a 180 dias, com perda de vencimentos e vantagens; a destituição da função, a demissão e a demissão a bem do serviço público. Essas sanções serão aplicadas de acordo com a gravidade do comportamento do agente.

No § 2.º do art. 6.º está disciplinada a sanção civil. Menciona o citado dispositivo que, caso não seja possível fixar o valor do dano, a indenização consistirá no pagamento de quinhentos a dez mil cruzeiros. Tais valores, atingidos pela inflação, tornaram-se inexeqüíveis. Isso não impede, evidentemente, que a vítima do abuso, numa ação indenizatória possa pleitear os valores que entender justos à luz dos danos morais e materiais que suportou.

A ação poderá ser proposta contra o Estado, perante uma das Varas da Fazenda Pública, tendo em vista o disposto no art. 37, § 6.º, da Constituição Federal: *As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.* Dissemos que a ação *poderá* ser proposta contra o Estado, atentos ao disposto no art. 9.º da Lei em estudo, que deverá ser interpretado diante da regra constitucional da responsabilidade objetiva do Estado. Desse estudo conclui-se que tem o ofendido a faculdade de propor a ação contra a autoridade culpada, em vez de fazê-lo contra o Estado. Pode, ainda, intentar a ação indenizatória contra ambos simultaneamente. É a posição de Gilberto e Vlademir Passos de Freitas, expressa no livro *Abuso de Autoridade*, (São Paulo, RT)

No art. 6.º, § 3.º, estão previstas as sanções penais. São elas: multa de cem cruzeiros a cinco mil cruzeiros, detenção de 10 dias a seis meses, perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública pelo prazo de até três anos. Essas sanções poderão, de acordo com o disposto no § 4.º do art. 6.º, ser aplicadas autônoma ou cumulativamente, segundo o prudente arbítrio do juiz, de acordo com a gravidade do fato e as peculiaridades do agente.

A pena de multa foi alterada pela Lei n. 7.209/84, que determinou a reforma na Parte Geral do Código Penal. Nos termos do art. 2.º da supracitada Lei, foram canceladas, na Parte Especial do Código Penal e nas leis especiais alcançadas pelo art. 12 do Código Penal, quaisquer referências a valores de multas, substituindo-se a expressão *multa de* por apenas *multa*. Diante da modificação, vige, em relação à pena de multa prevista na Lei n. 4.898/65, o sistema do Código Penal (arts. 49 e ss.).

No que diz respeito à pena privativa de liberdade – 10 dias a seis meses de detenção –, é necessário salientar que:

- A pena mínima permite que o Ministério Público ofereça a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95).

- É possível, em caso de condenação, a substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa, nos termos dos arts. 43 e 44 do Código Penal.

- Não sendo viável a substituição indicada no item precedente, cabe a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP).

- Caso a pena privativa de liberdade deva ser cumprida, por inaplicabilidade dos institutos acima aludidos que procuram evitá-la, o regime inicial será o aberto. Sendo o condenado reincidente, ou verificando o juiz que as condições do art. 59 do Código Penal são desfavoráveis, fixará o regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena.

- O livramento condicional poderá ser concedido após um terço do cumprimento da pena privativa de liberdade. Caso seja o condenado reincidente em crime doloso, o requisito objetivo passa a ser de metade da pena imposta (art. 83 do CP).

- Quanto ao disposto no § 2.º do art. 60 do Código Penal (multa substitutiva), entende-se que esse dispositivo foi revogado pelo art. 44, § 2.º, do mesmo Código, o qual prevê a substituição da pena privativa de liberdade, igual ou inferior a um ano, por multa ou por uma pena restritiva de direitos. Seria possível, então, aplicar-se o § 2.º do art. 44 do Código Penal aos crimes de abuso, haja vista serem punidos com pena privativa de liberdade, de seis meses de detenção,

no máximo? Pensamos que sim, pois a Súmula n. 171 proíbe a substituição aludida somente quando a pena de multa for cominada cumulativamente com a pena privativa de liberdade. Ora, na Lei de Abuso de Autoridade, a multa pode ser imposta autônoma ou cumulativamente. Vê-se, pois, que o legislador não exige a coexistência das sanções privativa de liberdade e pecuniária, tal como o faz na Lei Antitóxicos, por exemplo. Na Lei n. 4.898/65 a punição pode ser apenas a pena de multa, ou exclusivamente a sanção privativa de liberdade, ou, ainda, tão-só a pena de perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública, ou, mesmo todas elas simultaneamente.

Súmula n. 171 do Superior Tribunal de Justiça: *Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa.*

- Embora a pena máxima cominada em abstrato seja inferior a um ano, a previsão de um procedimento especial para a apuração dos crimes de abuso impede a aplicação da Lei dos Juizados Especiais Criminais, salvo em relação ao seu art. 89 (suspensão condicional do processo).

Poderá ser aplicada pelo juiz, autônoma ou cumulativamente, a pena de perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública pelo prazo de até três anos. Não obstante a existência de divergência sobre a vigência do dispositivo, prevalece o entendimento de que a pena em questão é principal e autônoma, podendo ser aplicada de forma isolada ou cumulativa às demais sanções penais. Como salientado por Gilberto e Vlademir Passos de Freitas, a sanção em questão não decorre automaticamente da pena

privativa de liberdade. Ao contrário, obedece a um critério específico de periculosidade, que está em função da quantidade da pena, da natureza do crime e das condições pessoais do condenado. No entanto, para parte da doutrina, a pena de perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública seria pena acessória e, como tal, extinta com a reforma do Código Penal em 1984.

Há, finalmente, a possibilidade de o juiz impor a pena de não poder o condenado exercer funções de natureza policial ou militar no município em que ocorreu o delito, por prazo de um a cinco anos, desde que o abuso seja cometido por agente da autoridade policial, civil ou militar, de qualquer categoria. É o que prevê o § 5.º do art. 6.º da Lei n. 4.898/65. Em relação a essa pena também há divergência quanto à sua vigência. Repetem-se os argumentos favoráveis à vigência, consistentes em ser ela uma pena principal e peculiar aos delitos de abuso de poder. Outra corrente doutrinária sustenta tratar-se de pena acessória e, assim, extinta.

É certo que a pena de proibição do exercício da função no município em que ocorreu o delito não poderá ser aplicada cautelarmente pelo juiz.

3. PROCEDIMENTO

O procedimento está disciplinado nos arts. 12 e ss. da Lei n. 4.898/65. Destaca-se pela sua celeridade e concentração dos atos processuais. Por essas razões, será inaplicável quando o crime de abuso estiver conexo a crime para cuja apuração esteja previsto procedimento mais amplo, isto é, que ofereça ao réu maior amplitude de defesa.

Destacaremos, a seguir, os principais aspectos:

- *O inquérito policial*: a Lei n. 4.898/65 procura evitar a sua instauração. Para alcançar essa finalidade disciplinou a *notitia criminis* oferecida pela vítima, cujo conteúdo deverá ser elucidativo o suficiente para formar o convencimento do membro do Ministério Público (art. 2.º). Caso isso não seja possível, isto é, sendo necessário investigar o fato narrado pela vítima, o representante do Ministério Público requisitará o inquérito policial. Aliás, no dia-a-dia forense, é o que freqüentemente ocorre. Com a instauração do inquérito policial, considerando que os crimes de abuso têm pena máxima abstrata de apenas seis meses, torna-se imprescindível o acompanhamento atento do procedimento investigatório, para se evitar a extinção da punibilidade pela configuração da prescrição da pretensão punitiva ou, mais à frente, da prescrição retroativa.

- A denúncia, por sua vez, deverá ser oferecida em 48 horas (art. 13), na prática, dois dias após o recebimento dos autos pelo Promotor de Justiça. Na oportunidade serão feitos os requerimentos de citação e de designação de audiência de instrução e julgamento.

O número de testemunhas na denúncia não foi indicado pelo legislador. A solução adotada foi a da utilização do art. 2.º, por analogia. Razão pela qual o número máximo, por fato descrito, será de três testemunhas. O Ministério Público poderá arrolar outras duas testemunhas, ditas qualificadas, se isso for necessário para a prova dos vestígios da infração (art. 14, “a”).

- Oferecida a denúncia, incumbe ao juiz recebê-la ou rejeitá-la no prazo de 48 horas. Na decisão que acolher a denúncia, designará dia e

hora para a audiência de instrução e julgamento. Segundo o § 1.º do art. 17, a mencionada audiência deverá ser realizada, improrrogavelmente, no prazo de cinco dias.

Mesmo que o denunciado seja funcionário público, não se aplica o art. 514 do Código de Processo Penal, antes do recebimento ou rejeição da denúncia. A notificação e a resposta prévia do funcionário público só são necessárias quando se tratar de crimes funcionais típicos afiançáveis, classificação na qual não se enquadram os crimes de abuso de poder. Há quem sustente que a conexão, dos crimes em estudo com os funcionais típicos, levaria à aplicação do art. 514. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, tem precedente no sentido da desnecessidade da providência quando o crime funcional típico for apurado com outro de natureza diversa (*RTJ* 66/365 e 110/601).

- *Citação do denunciado*: como o interrogatório do réu será efetuado na mesma audiência em que se coletará a prova e se realizarão os debates, deve o réu ser cientificado dessa peculiaridade procedimental no mandado de citação. Aplica-se o Código de Processo Penal quanto às espécies e formalidades da citação. Viável a incidência do art. 366 do Código de Processo Penal (suspensão do processo e da prescrição) quando se tratar de citação por edital e o réu não comparecer para ser interrogado, e tampouco constituir defensor.

- Não há previsão de defesa prévia, tal como o dispõe o art. 395 do Código de Processo Penal. Malgrado o silêncio do legislador, não é possível vedar ao réu e a seu defensor a possibilidade de oferecer suas alegações e de arrolar testemunhas. Como não há prazo para

fazê-lo, recomenda-se oferecer a defesa prévia logo após a citação, ou, antes da audiência, com a antecedência necessária para viabilizar a notificação das testemunhas que serão inquiridas.

- Aberta a audiência de instrução e julgamento, o juiz fará a qualificação e o interrogatório do réu. Em seguida, ouvirá as testemunhas e o perito eventualmente nomeado para prova dos vestígios da infração.

- *Prova dos vestígios da infração*: a Lei n. 4.898/65, em seu art. 14, permite que se faça referida prova por meio de duas testemunhas qualificadas, indicadas pelo Ministério Público na denúncia, ou por meio de perito, cuja nomeação será requerida ao juiz até 72 horas antes da audiência de instrução e julgamento.

- Finda a coleta da prova, o juiz dará a palavra, sucessivamente, ao Ministério Público e à defesa, pelo prazo de 15 minutos, que pode ser prorrogado por mais 10 a critério do juiz (art. 23).

- Findo o debate, o juiz prolatará imediatamente a sentença (art. 24). Caso não seja possível fazê-lo de imediato, observará o prazo de 10 dias, nos termos do art. 800, inc. I, do Código de Processo Penal, aplicado subsidiariamente.

- Quanto aos recursos, aplica-se o Código de Processo Penal (par. ún. do art. 28 da Lei n. 4.898/65).

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Abuso de Autoridade – Lei n. 4.898/65

Luiz Fernando Vaggione

1. FIGURAS PENAIS

Examinaremos, a seguir, as figuras típicas que mais se configuram na prática.

Lembramos, desde logo, que os crimes de abuso de autoridade são, eminentemente, subsidiários. Serão absorvidos quando forem elemento constitutivo de crime autônomo. Para Oscar Xavier de Freitas, que integrou o Ministério Público do Estado de São Paulo, a Lei n. 4.898/65 surgiu para punir abusos de pequeno potencial, de menor comoção social. Para o citado autor, os delitos mais graves encontram no sistema codificado um instrumento mais eficaz, porque exigem uma investigação mais demorada para efetivar a repressão.

1.1. Artigo 3.º

Segundo o art. 3.º da Lei n. 4.898/65, constitui abuso de autoridade qualquer atentado contra:

- *Alínea* “a”**:** liberdade de locomoção.

Ao analisarmos a presente figura penal é imprescindível ressaltarmos a existência de outro tipo penal aplicável à restrição da liberdade individual. Estamos nos referindo ao previsto no art. 4.º, alínea “a”, da própria Lei de Abuso de Autoridade. Esse delito, quando configurado, absorverá a mesma alínea do artigo precedente, porquanto considerado especial em relação à infração ora estudada. Nele, a restrição à liberdade de locomoção ocorrerá quando a autoridade *ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder*. Logo, se a restrição à liberdade individual decorrer de *ordem* ou *execução* de medida privativa da liberdade individual, aplica-se o art. 4.º, “a”.

Utilizaremos a alínea “a” do artigo 3.º quando o atentado à liberdade de locomoção revestir-se de outra forma, ou seja, quando a liberdade de locomoção não decorrer de prisão ilegal ou com abuso de poder. Como exemplo, lembramos o comportamento de autoridade que, ciente de sua arbitrariedade, visando perseguir determinado indivíduo, convoca-o e o mantém por várias horas em repartição pública, privando-o de sua liberdade de locomoção.

Vejamos a jurisprudência:

“Ainda que não chegue a efetivar-se ilegal recolhimento ao cárcere, pratica abuso de autoridade o militar que obriga a vítima a acompanhá-lo a diversos quartéis, com o propósito de puni-la por alegado desrespeito à sua pessoa” (TACrimSP, rel. Valentim Silva, *JUTACrim* 23/198).

Nem toda a restrição à liberdade de locomoção será considerada abusiva. Suponha que a autoridade policial de uma pequena cidade encontre vagando pelas ruas um psicopata. Com os objetivos de preservar sua integridade física, identificar seus pais ou responsáveis legais e garantir a ordem pública, a autoridade poderá entender que, não havendo um serviço público apto a atendê-lo de imediato, é inevitável mantê-lo nas dependências da Delegacia de Polícia – certamente não o colocará numa cela com outros presos – pelo tempo estritamente necessário ao seu encaminhamento à família, ao responsável legal, ou para um hospital. A mesma solução pode ser necessária em relação a um ébrio que esteja pondo em risco a sua vida e a de outras pessoas, sem que a restrição à liberdade individual configure um abuso de poder.

- *Alínea* "b": inviolabilidade do domicílio.

Segundo o art. 5.º, inc. XI, da Constituição Federal: "A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém podendo nela penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

De acordo com o dispositivo constitucional, só se pode entrar na casa de outrem:

- durante o dia ou à noite, em caso de flagrante, desastre, ou para prestar socorro;
- exclusivamente durante o dia, para cumprir ordem judicial.

O *conceito de domicílio* para a aplicação da Lei de Abuso de Autoridade é o previsto no § 4.º do Código Penal, isto é, qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva, compartimento não-aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (o escritório do advogado, o consultório do médico, do dentista, por exemplo). Não se compreendem na expressão "casa", segundo o § 5.º do art. 150 do Código Penal, hospedaria, estalagem, as partes comuns de habitação coletiva, taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero. Compartimentos abertos ao público também não são protegidos pela lei penal, tais como bares, cinemas, restaurantes, entre outros. Inaplicável é o conceito de domicílio previsto no art. 31 do Código Civil.

Há divergência acerca da aplicação da presente figura penal quando a violação do domicílio é praticada por funcionário público. Há conflito aparente de normas entre o art. 3.º, “b”, da Lei n. 4.898/65 e o art. 150, § 2.º, do Código Penal. Ressalte-se, desde logo, que a violação de domicílio prevista no Código Penal, mesmo em se considerando a forma agravada, é punida com uma sanção privativa de liberdade mais branda (de um mês e dez dias a quatro meses de detenção ou multa). Para Gilberto e Vladimir Passos de Freitas, não se aplica o art.150, § 2.°, do Código Penal, mas sim o art.3.º, “b”, da Lei n. 4.898/65. A lei especial é mais abrangente em relação à sanção prevista no Código Penal e, também, elevou o máximo da pena privativa de liberdade. Aplica-se, pois, o princípio da especialidade. Assim, todo aquele que, no exercício de cargo, emprego ou função pública, praticar violação de domicílio, estará incurso no art. 3.º, “b”, da Lei n. 4.898/65[1]. Para Rui Stoco, no entanto, deve prevalecer o art.150, § 2.º, do Código Penal, pois nele o abuso de poder constitui circunstância legal específica[2].

[1] *Abuso de Autoridade*. 8.ª ed. São Paulo: RT, 1999. p. 37.
[2] Abuso de Autoridade. *In*: *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial.* 7.ª ed. São Paulo: RT, 2001. p. 8.

A violação de domicílio será absorvida, quando for crime-meio para a prática de outro abuso de poder. Poderíamos citar a invasão de um domicílio para prender ilegalmente uma pessoa, por exemplo. Neste exemplo, aplica-se o princípio da consunção.

- *Alínea* “c”: sigilo da correspondência.

Artigo 5.º, inc. XII, da Constituição Federal: “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Frise-se que a proteção constitucional é mais ampla, pois assegura não só o sigilo da correspondência, mas, também, o das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas.

A alínea “c” do artigo 3.º tipifica, no entanto, exclusivamente, a violação do sigilo da correspondência escrita (epístola ou carta). A violação da comunicação telefônica é punida na forma do art. 10 da Lei n. 9.296/96 (reclusão de dois a quatro anos e multa).

Há casos nos quais a autoridade pode ler a correspondência alheia, sem que esse comportamento configure abuso de poder. A garantia constitucional do sigilo da correspondência e a figura penal em estudo não podem servir de escudo para a prática de ilícitos penais, isto é, contra a coletividade. Vejamos algumas hipóteses:

a) Nos estados de defesa e de sítio podem ser impostas restrições ao sigilo da correspondência, nos termos do art.136, § 1.º, inc. I, "b", e do art. 139, inc. III, respectivamente, ambos da Constituição Federal.

b) No caso de carta aberta, porquanto demonstra o desinteresse do remetente em manter o conteúdo em segredo.

c) Em relação à correspondência dos presos. Sabe-se que é direito do preso o contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes (art. 41, inc. XV, da Lei n. 7.210/84). Tal direito, entretanto, pode ser suspenso ou restringido mediante ato motivado do diretor do estabelecimento penal (parágrafo único do art. 41 da Lei n. 7.210/84). A manutenção da ordem e da segurança do estabelecimento penitenciário poderá levar a autoridade a determinar a abertura das correspondências dos presos (STF, HC n. 70.814-5, rel. Min. Celso de Melo). No entanto, a leitura é vedada quando a correspondência for dirigida ao Promotor de Justiça ou ao Juiz de Direito (Portaria n. 3, de 22.3.1983, da Coordenadoria dos Estabelecimentos Penais do Estado de São Paulo – Coespe).

- *Alínea* "i": incolumidade física.

Consiste em toda ofensa praticada pela autoridade contra o indivíduo, sendo indiferente que a violência não tenha deixado vestígios. A violência

pode consistir em maus-tratos, nas vias de fato, nas lesões corporais ou mesmo na supressão da vida.

Há controvérsia acerca da configuração do delito na hipótese de violência moral. Sustenta-a Vicente Sabino Júnior, citado por Gilberto e Vlademir Passos de Freitas, na obra já mencionada: "... a violência a que alude o Código Penal, em seu art. 322, não obstante a opinião contrária de Bento de Faria, compreende o fato abusivo, que pode ser material ou moral. O que se exige, na lição de Manzini (*Tratado*, vol. V, n. 1.354), é que desse fato resulte um dano para terceiros e descrédito para a Administração Pública ...". Podemos citar como exemplos, o disparo de armas de fogo com o intuito de atemorizar a vítima, o emprego de hipnotismo etc.

"A Lei n. 4.898/65, cuidando dos casos de abuso de autoridade, se tipifica, não só quando ocorre a *vis corporalis*, mas, também, a violência moral" (TACrimSP, rel. Paula Bueno, *RT* 398/298).

No caso de ser o sujeito passivo criança ou adolescente, incidirá a Lei n. 9.455/97 (art. 1.°, c.c. o § 4.°, inc. II). Essa lei revogou, expressamente, o art. 233 do Estatuto da Criança ou Adolescente (Lei n. 8.069/90).

A propósito da Lei de Tortura (Lei n. 9.455/97), sustenta Rui Stoco que o aludido diploma revogou a alínea "i" do art. 3.º e a alínea "b" do art. 4.º, ambos da Lei de Abuso de Autoridade[3]. Não podemos concordar inteiramente com o ilustre autor. A tortura exige finalidade específica, ou seja, só se configura se o agente visar um dos objetivos previstos nos incisos I e II do art. 1.º. Entre esses fins não encontramos, por exemplo, a mera maldade, o simples desejo de ver a vítima sofrer. Assim, se o torturador for movido por tais finalidades, teremos o enquadramento no art. 3.º, "i", da Lei n. 4.898/65. Na maioria dos casos – é preciso admitir –, a autoridade visa a obtenção de

[3] *Op. cit.*. p. 31

confissões ou declarações. Nessas hipóteses aplica-se a Lei de Tortura (art. 1.º, inc. I, “a”, c. c. o § 4.º, inc. I, do mesmo artigo). Parece-nos mais acertado afirmar que a Lei de Tortura derrogou o art. 3.º, “i”, da Lei de Abuso de Autoridade (revogação parcial do dispositivo).

Existe outra discussão a ser encarada: teria o art. 3.º, “i”, da Lei n. 4.898/65, revogado o art. 322 do Código Penal (violência arbitrária)?

Art. 322. Praticar violência, no exercício da função ou a pretexto de exercê-la:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da pena correspondente à violência.

No Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo predomina o entendimento que sustenta a revogação. No Supremo Tribunal Federal, no entanto, há orientação diversa (*RTJ* 54/304, 56/131 e 62/266*)*, pois para a Suprema Corte não se confundem os crimes de violência arbitrária e de abuso de poder. Na violência arbitrária, o sujeito ativo atua sem o amparo de norma legal. No abuso de autoridade, ao contrário, pressupõe-se a existência de uma norma legal que autorizava o ato administrativo. O agente excede-se, abusando do poder que lhe fora confiado.

Se, além do abuso, é cometido outro crime – lesões corporais ou homicídio, por exemplo – aplica-se o concurso material de infrações (*RT* 563/396 e *JUTACrim* 47/207). Essa é a orientação que predomina na jurisprudência. Há precedente nesse sentido, do próprio Supremo Tribunal Federal, em voto do Min. Cordeiro Guerra (*RTJ* 101/595). Há outra corrente que sustenta o concurso formal. O crime de abuso tem como objetividade jurídica preservar a credibilidade do serviço público, o respeito à autoridade e

os direitos e garantias constitucionais do cidadão. Tais finalidades são diversas das perseguidas pelo art. 121 ou art. 129 do Código Penal.

- *Alínea* “j”: direitos e garantias assegurados ao exercício profissional.

A infração penal alcança todas as profissões regulamentadas, visando assegurar o seu livre exercício.

Trata-se de norma penal em branco. Para a existência do delito é necessária norma complementar que disponha sobre as garantias e prerrogativas da profissão. Lembremos o exercício da advocacia, por exemplo. Sua disciplina está na Lei n. 8.906/94 (EAOB). Também constitui abuso de poder, por exemplo, impedir a visita de Promotor de Justiça à Cadeia Pública. As garantias e prerrogativas inerentes às suas funções estão disciplinadas na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93). No âmbito do Estado de São Paulo suas funções, garantias e prerrogativas estão previstas na Lei n. 734/93.

“Pratica abuso de autoridade, violando direitos e garantias legais assegurados ao seu exercício profissional, o Delegado de Polícia que impede Promotor de Justiça de visitar Cadeia Pública” (TACrimSP, rel. Renato Mascarenhas, *JUTACrim* 83/316).

1.2. Artigo 4.º

Constitui também abuso de autoridade:

- *Alínea* "a": ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder.

O dispositivo revogou o *caput* do art. 350 do Código Penal (exercício arbitrário ou abuso de poder).

De acordo com o art. 5.º, inc. LXI, da Constituição Federal: "Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

Três são as formas de prisão admitidas pela Constituição Federal:

***a)** Flagrante delito*, cujas hipóteses e formalidades estão previstas nos artigos 301 e seguintes do CPP.

***b)** Prisão administrativa do militar*, quando se tratar de crimes propriamente militares ou de transgressões militares. Trata-se de exceções previstas no inc. LXI do art.5.º da Constituição Federal. Outras hipóteses excepcionais estão definidas nos artigos 136, § 3.º, inc. I (estado de defesa) e 139, inciso. II (estado de sítio), ambos da Constituição Federal.

As demais formas de prisão administrativa foram extintas pela nova Constituição Federal. O art. 319 do Código de Processo Penal é um desses casos. Referido dispositivo punia os remissos e omissos em entrar com

dinheiro a seu cargo aos cofres públicos e os desertores estrangeiros. Outra hipótese envolve o art. 69 da Lei n. 6.815/80, que previa a possibilidade de o Ministro da Justiça decretar a prisão administrativa, por até 90 dias, de estrangeiro submetido a processo de expulsão. Atualmente, a prisão será requerida ao Poder Judiciário, isto é, ao Supremo Tribunal Federal.

c) *Ordem escrita da autoridade*:

I - Do juiz criminal:

1. Prisão temporária (Lei n. 7.960/89).

2. Prisão preventiva (arts. 311 a 317 do CPP).

3. Prisão em virtude de sentença de pronúncia (art. 408, § 1.º, do CPP).

4. Prisão em virtude de sentença condenatória recorrível (art. 393, inc. I, do CPP).

5. Prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado.

II – Do juiz cível:

1. Prisão por não cumprimento de acordo ou julgado relativo a alimentos (art. 19 da Lei n. 5.478/68).

2. Prisão civil do depositário infiel. Admitida também em relação ao depositário infiel, tratando-se de alienação fiduciária. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de ser constitucional a prisão civil do depositário infiel. O Supremo Tribunal Federal (HC n. 75.306-0/RJ, de 12.9.1997, rel. Min. Moreira Alves) firmou o entendimento de que, em face da

Constituição Federal de 1988, persiste a constitucionalidade do dispositivo. O art. 7.º, item n. 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, não pode se contrapor à permissão do art. 5.°, inc. LXVII, da Constituição Federal, por ser norma infraconstitucional (tratados e atos internacionais). A referida convenção foi ratificada pelo Brasil em 25.9. 1992. Veja, no mesmo sentido, o HC n. 72.131.

3. Prisão do falido (arts. 14, inc. VI; 35; e 151, § 3.º, da Lei de Falências – Dec.-lei n. 7.661/45).

4. Prisão do síndico (art. 69, § 5.º, da Lei de Falências).

A prisão de qualquer pessoa, além de subsumir-se nas hipóteses acima alinhadas, deve revestir-se das formalidades legais. Essas visam assegurar o respeito às garantias e direitos constitucionais.

- *Prisão para averiguações:* cuida-se de medida não amparada na lei e que, assim, constitui evidente abuso de poder.

  - *Alínea* "b": submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei.

A Constituição Federal, em seu art. 5.º, inc. XLIX, preceitua que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Como se não bastasse, o inciso III do citado artigo determina o respeito à dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

O Código Penal, por sua vez, dispõe que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral (art. 38).

Idêntica determinação está inserida no art. 40 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84).

Pressupõe-se, para a aplicação da alínea em estudo, que a prisão seja legal. Não obstante, a autoridade excede-se, praticando ou permitindo que a pessoa detida seja atingida em sua dignidade. Há, nesse momento, abuso de poder. Citamos, como exemplos, a exposição forçada do preso à imprensa ou ao público de uma maneira geral; sujeitá-lo ao escárnio coletivo; submetê-lo a trabalho degradante; sujeitá-lo a ofensas à sua honra, entre outros comportamentos.

Se a vítima do vexame ou do constrangimento for criança ou adolescente, que esteja sob a guarda ou vigilância da autoridade, o crime será o descrito no art. 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente, punido com detenção de seis meses a dois anos.

- *Alínea* “c”: deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente, a prisão ou detenção de qualquer pessoa.

Segundo o art. 5.º, inc. LXII, da Constituição Federal, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

No caso de prisão em flagrante, a comunicação deverá ser efetivada assim que se terminar de lavrar o respectivo auto. Na hipótese de cumprimento

de ordem de prisão, assim que a custódia se concretizar.

No caso de falta de comunicação de custódia de criança e adolescente, tipifica-se o delito previsto no art. 231 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

- *Alínea* "d": deixar o juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada.

Dispõe o art. 5.º, inc. LXV, da Constituição Federal que a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

Cuidando-se de sujeito passivo criança ou adolescente aplica-se o art. 234 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Trata-se de crime próprio, porquanto exige do sujeito ativo especial qualidade, de natureza profissional: ser juiz.

Lembramos que o delito de abuso de poder exige dolo. Assim, só se configurará a alínea em foco quando o estudo do elemento subjetivo demonstrar que a autoridade agiu com desejo de vingança, maldade, capricho, arbitrariedade, prepotência, entre outros comportamentos que ensejam o abuso de poder.

- *Alínea* "e": levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei.

Segundo o art. 5.º, inc. LXVI, da Constituição Federal, ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

O delito em questão poderá ser praticado por juiz ou autoridade policial. À autoridade policial cabe o arbitramento de fiança, nos casos de detenção e prisão simples,e ao juiz, nos mesmos casos e nos crimes punidos com reclusão. Recusando ou demorando a autoridade policial à concessão de fiança, o preso – ou alguém por ele – poderá prestá-la perante o juiz, nos termos do art. 335 do Código de Processo Penal.

- *Alínea* "i": prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade.

O delito em estudo, inserido pela Lei n. 7.960/89, que instituiu e regulamentou a prisão temporária, revogou o inciso II do parágrafo único do artigo 350 do Código Penal.

Trata-se de crime doloso, omissivo próprio e que se consuma com a conduta negativa da autoridade.

Após o lapso de cinco dias (art. 2.º, § 7.º, da Lei n. 7.960/89) ou de 30 dias (Lei n. 8.072/90), a liberação deverá ser automática, isto é, independentemente de ordem judicial. Os prazos acima indicados poderão ser prorrogados por iguais períodos. Quanto à pena privativa de liberdade, ou à medida de segurança, exige-se a ordem do juiz.

MÓDULO XXII

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Contravenção Penal – Decreto-lei n. 3.688/47

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Contravenção Penal – Decreto-lei n. 3.688/47

Luiz Fernando Vaggione

1. CONTRAVENÇÃO PENAL

1.1. Classificação das Infrações Penais

Para o legislador penal brasileiro, adotado o critério bipartido, as infrações penais classificam-se em crimes e contravenções. A opção mostra-se evidente no artigo 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal e na Lei das Contravenções Penais (Dec.-lei n. 3.914/41):

"Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente".

Conclui-se da definição legal que os crimes e as contravenções distinguem-se, tão-só, pela maior ou menor gravidade dos comportamentos descritos nos tipos penais, reservando-se sanções menos severas para as contravenções penais.

1.2. Princípio da Territorialidade

A Lei das Contravenções Penais adotou, expressamente, o princípio da territorialidade. Consoante o artigo 2.º da Lei das Contravenções Penais, a lei brasileira só é aplicável à contravenção praticada no território nacional, circunscrevendo-se à regra segundo a qual a lei penal só tem aplicação no Estado que a criou. Como destaca o Prof. Damásio de Jesus, o território, sob o prisma *material*, recebe o nome *território natural* ou *geográfico*, compreendendo o espaço limitado por fronteiras. O artigo 2.º da Lei das Contravenções Penais e o artigo 5.º do Código Penal adotam, também, o conceito de *território jurídico*, ou seja, o espaço em que o Estado exerce a sua soberania.

1.3. Aplicação das Regras Gerais do Código Penal

Art. 1.º da Lei das Contravenções Penais: "Aplicam-se às contravenções as regras gerais do Código Penal, sempre que a presente Lei não disponha de modo diverso".

Art. 12 do Código Penal: "As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se essa não dispuser de modo diverso".

Percebe-se, pelo cotejo dos dispositivos acima transcritos, que o Código Penal será utilizado para complementar a Lei das Contravenções Penais, nas suas omissões.

Entretanto, não aplicamos o Código Penal à Lei das Contravenções Penais, quando essa dispuser de modo diverso. É o que ocorre na hipótese de tentativa, por exemplo, uma vez que o artigo 4.º da Lei das Contravenções Penais veda-a expressamente. A impossibilidade legal da tentativa decorre,

tão-somente, por razões de política criminal. A tentativa seria viável sob o enfoque técnico, desde que não se tratasse de contravenção penal culposa ou de comportamento puramente omissivo.

O limite de cumprimento de prisão simples é de 5 anos (artigo 5.º da LCP), diversamente do que ocorre com as penas de reclusão e detenção, previstas no Código Penal, para os crimes cujo limite máximo de cumprimento foi fixado em 30 anos (artigo 75).

Outro exemplo diz respeito ao período de prova da suspensão condicional da pena (*sursis*), fixado por tempo não inferior a um ano, nem superior a três anos, nos termos do artigo 11 da Lei das Contravenções Penais.

1.4. Competência

O inciso IV do artigo 109 da Constituição Federal excluiu, expressamente, da competência da Justiça Federal o processo e julgamento das contravenções penais.

Considerando que a competência da Justiça Federal deve ser analisada restritivamente, segundo o rol taxativo previsto na Constituição Federal, rechaça-se o entendimento segundo o qual as contravenções penais seriam julgadas pela Justiça Federal nos casos de conexão com crimes de sua competência. A própria Súmula n. 122 do Superior Tribunal de Justiça, ao tratar do tema, faz referência exclusivamente a “crimes” conexos:

“Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do artigo 78, inciso II, ‘a’, do Código de Processo Penal”.

1.5. Ação Penal e Procedimento

A ação para a apuração das contravenções penais é pública, conforme prevê o artigo 17 da Lei das Contravenções Penais. Após a entrada em vigor da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/95), todas as contravenções penais passaram a ser consideradas infrações de menor potencial ofensivo. Logo, quando não incidirem os institutos da composição civil, da transação penal ou da representação, a ação penal será pública incondicionada. Adotar-se-á o procedimento previsto nos artigos 77 e seguintes da Lei n. 9.099/95.

Registramos, todavia, a controvérsia existente em relação à natureza da ação penal em se tratando de vias de fato, prevista como contravenção no artigo 21. Essa discussão surgiu com o artigo 88 da Lei dos Juizados Especiais Criminais, que passou a exigir representação no caso de lesões leves e culposas. Se a infração mais grave (lesões corporais dolosas leves) é de ação penal pública condicionada à representação, não se compreende como possa a contravenção de vias de fato, de menor gravidade, continuar sendo de ação penal pública incondicionada.

Excepcionalmente, na hipótese de a contravenção não se submeter ao Juizado Especial Criminal, segue-se o rito sumário previsto para os crimes punidos com detenção (artigos 539 e 540 do CPP).

1.6. Dolo e Culpa nas Contravenções Penais

Art. 3.º da Lei das Contravenções Penais: “Para a existência da contravenção, basta a ação e a omissão voluntária. Deve-se, todavia, ter em conta o dolo ou a culpa, se a lei faz depender, de um ou de outra, qualquer efeito jurídico”.

O dispositivo pode levar à conclusão que basta, à configuração da contravenção, a simples vontade. Ao contrário, a contravenção, como qualquer outra infração penal, exige dolo ou culpa. Na Lei das Contravenções Penais, a modalidade culposa não é expressamente destacada, diversamente do que ocorre no Código Penal (parágrafo único do artigo 18). Assim, incumbe ao operador identificar a exigência de dolo ou culpa a partir da redação do tipo contravencional. Não há, na Lei das Contravenções Penais, figura preterdolosa.

Exemplos:

Artigo 29. "Provocar o desabamento de construção *ou, por erro no projeto ou na execução, dar-lhe causa*" (o itálico é nosso):

Pena – Multa, se o fato não constitui crime contra a incolumidade pública."

Artigo 31. "Deixar em liberdade, confiar à guarda de pessoa inexperiente, *ou não guardar com a devida cautela animal perigoso*" (o itálico é nosso):

Pena – Prisão simples, de dez a dois meses, ou multa."

Observação: Os trechos em itálico exigem a culpa. Os outros trechos satisfazem-se com o dolo.

1.7. Consumação e Tentativa

Via de regra, a consumação das contravenções independem de um resultado naturalístico. São, na maioria, infrações de mera conduta. Há,

entretanto, contravenções materiais, isto é, de conduta e resultado. Podemos citar, como exemplo, o artigo 29 da Lei das Contravenções Penais.

No que concerne à tentativa, ainda que a figura contravencional a permita, há impedimento legal ao seu reconhecimento. É o que dispõe o artigo 4.º da Lei das Contravenções Penais:

"Não é punível a tentativa de contravenção".

1.8. Penas

Atualmente, as penas previstas para as contravenções penais são a prisão simples e a multa, nos termos do artigo 5.º da Lei das Contravenções Penais. A pena de prisão simples deve ser cumprida sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou em seção especial de prisão comum, em regime aberto ou semi-aberto. O artigo 6.º da Lei das Contravenções Penais ainda determina que o condenado à pena de prisão simples fique sempre separado dos condenados às penas de reclusão ou de detenção.

À multa aplica-se o sistema do Código Penal (artigo 12 do CP), inclusive no que diz respeito aos limites. Frise-se que o artigo 9.º da Lei das Contravenções Penais, que permitia a conversão da pena de multa em prisão simples, foi tacitamente revogado pela Lei n. 9.268/96, que deu nova redação ao artigo 51 do Código Penal.

As penas acessórias foram extintas na reforma penal de 1984.

1.8.1. Informações suplementares

Quadro de informações suplementares

Prisão simples – limite	Cinco anos (art. 10)
Trabalho	Facultativo (art. 6.º, § 2.º)
Penas alternativas	Possibilidade (art. 44 do CP)
Prisão preventiva	Incabível (art. 313 do CPP)

1.9. Reincidência

Artigo 7.º . "Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção".

Assim, a contravenção anterior não ensejará a reincidência se for objeto de condenação no exterior.

Aplica-se o artigo 64 do Código Penal, que dispõe sobre a eficácia da condenação anterior e sobre o desprezo dos crimes militares próprios e políticos para fins de reincidência.

1.10. Suspensão Condicional da Pena

Artigo 11. "Desde que reunidas as condições legais, o juiz pode suspender, por tempo não inferior a 1 (um) ano nem superior a 3 (três), a

execução da pena de prisão simples, bem como conceder livramento condicional".

O *sursis* não deverá ser aplicado quando for possível a substituição da pena de prisão simples por multa ou pena restritiva de direitos. Devem ser observados os requisitos legais dispostos no artigo 77 do Código Penal.

Prevalece, segundo a posição majoritária, o disposto no artigo 11 da Lei das Contravenções Penais sobre as regras gerais previstas no Código Penal. Nesses termos, o período de suspensão (um a três anos) é menor em relação ao fixado no Código Penal (dois a quatro anos); não incidem as condições previstas no § 1.º do artigo 78 do Código Penal (prestação de serviço à comunidade ou limitação de final de semana no primeiro ano do período de prova). Como conseqüência não se aplica, também, o § 2.º (substituição das condições do § 1.º do artigo 78, na hipótese de reparação do dano).

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Contravenção Penal – Decreto-lei n. 3.688/41

Luiz Fernando Vaggione

1. CONTRAVENÇÃO PENAL – PARTE ESPECIAL

1.1. Vias de Fato

"Artigo 21. Praticar vias de fato contra alguém:

Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa, se o fato não constituir crime."

Trata-se do emprego de violência real contra outrem, sem que da ação advenha lesão corporal. A violência moral não configura a infração penal em destaque, podendo caracterizar o delito de ameaça ou um crime contra a honra, por exemplo.

Como se nota, a qualificação das vias de fato como contravenção visa proteger a incolumidade física da pessoa humana, sendo essa a objetividade jurídica do tipo penal ora examinado.

Trata-se de uma contravenção comum, ou seja, pode ser praticada por qualquer pessoa.

Exige-se o dolo como elemento subjetivo do tipo, consistente no simples desejo de molestar alguém, sem a intenção de causar-lhe lesão corporal.

Se o sujeito ativo, ao empregar violência real, tencionar ultrajar, ou seja, ofender a dignidade da vítima, haverá injúria real (art. 140, § 2.º, do CP). Caso a intenção seja a de causar um dano anatômico, um ferimento na vítima, teremos uma tentativa de lesão corporal, desde que a produção do resultado não sobrevenha por circunstâncias alheias à vontade do agente.

A consumação da contravenção vias de fato ocorre com o mero comportamento típico do agente, ao desferir pontapés, tapas, socos, sem a produção de lesão corporal na vítima. A prova pericial é desnecessária para a configuração da contravenção.

A tentativa, nos termos do artigo 4.º da Lei das Contravenções Penais, é impunível.

Vias de fato é uma contravenção expressamente subsidiária: não se configura se o fato constitui crime. É o que está disposto no preceito secundário da norma. Também será absorvida quando for meio para a prática de crimes (estupro, atentado violento ao pudor, roubo, extorsão etc.).

A ação penal para o processo e julgamento da contravenção ora examinada tornou-se matéria controvertida com a vigência do artigo 88 da Lei n. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais). Como é sabido, o referido dispositivo passou a exigir a representação da vítima no caso de lesões corporais dolosas leves e culposas. Ora, se a condição de procedibilidade é exigida para a infração penal mais grave, como dispensá-la no caso de uma mera contravenção penal. Esse é o fundamento do posicionamento do Professor Damásio E. de Jesus, cujo resultado consiste na exigência de representação do ofendido também no caso da contravenção, aplicando-se

analogia *in bonam partem.* Para a outra corrente de pensamento, a ação penal é pública incondicionada, nos termos do artigo 17 da Lei das Contravenções Penais. Nesse sentido, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* n. 80.617/MG, realizado em 20.3.2001, cujo relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence (v.u.). Eis a ementa do acórdão:

"A regra do art. 17 da Lei das Contravenções Penais – segundo a qual a persecução das contravenções penais se faz mediante ação penal pública incondicionada – não foi alterada, sequer em relação à de vias de fato, pelo art. 88 da Lei n. 9.099/95, que condicionou à representação a ação penal por lesões corporais leves".

1.2. Perturbação do Trabalho ou Sossego Alheios

"Art. 42. Perturbar alguém, o trabalho ou o sossego alheios:

I – com gritaria ou algazarra;

II – exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais;

III – abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos;

IV – provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem a guarda:

Prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa."

A objetividade jurídica da contravenção estudada consiste na manutenção da paz pública.

A ação pode ser praticada por qualquer pessoa. Não se exige, pois, nenhuma qualidade especial do sujeito ativo.

A contravenção é de forma vinculada, uma vez que o legislador restringiu o comportamento típico às formas previstas nos quatro incisos da figura penal:

Inciso I – Gritaria ou algazarra: o que se pune é o distúrbio prejudicial ao trabalho ou ao repouso. Como já se mencionou, a perturbação poderá provir de um baile ou festa familiar. Nesses casos não há cogitar de contravenção, pois o divertimento lícito afasta a idéia de infração penal. As festas fazem parte da saúde e felicidade do cidadão, das famílias e do povo.

A gritaria é o som oriundo da voz humana. A algazarra tem o mesmo sentido. Porém, para diferenciar gritaria de algazarra, reservamos a última para representar o ruído provocado de outra maneira. Podemos citar como exemplos as cantorias, o chute de objetos, a quebra de garrafas etc.. A algazarra requer, também, o concurso de várias pessoas. Poderíamos dizer, então, que a contravenção, na hipótese de algazarra, é de concurso necessário ou plurissubjetiva. Não se concebe algazarra com uma só pessoa.

Inciso II – Exercício de profissão incômoda ou ruidosa: é norma penal em branco. Necessita, pois, de complemento que se traduz nas normas municipais que regulam a ocupação da cidade, que visam coibir abusos. Normalmente, é o regulamento local que limita a hora de funcionamento de

certos estabelecimentos, cautelas para a utilização de determinadas máquinas, em suma, precauções que possam influir na redução do barulho ao mínimo possível e tolerável. Essa regulamentação pelo Poder Público incidirá no exercício de certas atividades ruidosas, como indústrias, padarias, tipografias, serralharias ou marcenarias. A legislação local poderá restringir, em determinadas áreas da cidade, a atividade comercial ou industrial. Poderá, também, estabelecer horário de funcionamento, ou o limite de ruído permitido.

É necessária a existência de *prescrição legal*, ou seja, de normas, de atos administrativos que disciplinem o exercício de profissão (elemento normativo do tipo). Na inexistência delas não há contravenção.

O dolo é abrangente, pois deve alcançar a consciência de que se está violando as prescrições legais.

Inciso III – Abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos: trata-se do uso imoderado. A contravenção configurar-se-á, por exemplo, no abuso de aparelhagem de som; no acionamento abusivo, imoderado, de buzinas de veículos automotores; na reprodução de música executada em alto volume por casa de diversão, perturbando a tranqüilidade coletiva. Exige-se a consciência de que o comportamento é abusivo.

Inciso IV – Provocando ou não procurando impedir barulho de animal de que tenha a guarda: há dois comportamentos típicos, um comissivo e outro omissivo. Pune-se quem tem a guarda do animal, podendo ser o proprietário ou não, um simples possuidor ou um mero detentor.

O sujeito passivo, por sua vez, é a coletividade. Assim, considerando que a classificação do comportamento como contravenção visa assegurar a paz coletiva, não se configurará o artigo 42 se o incômodo atingir uma única pessoa, ou um grupo reduzido delas. Se a conduta incomodar uma pessoa, poderá haver a configuração da contravenção prevista no artigo 65 (perturbação da tranqüilidade), desde que o comportamento seja animado pelos elementos subjetivos do tipo: acinte ou motivo reprovável.

Só o dolo caracteriza a contravenção. Há jurisprudência no sentido de que a manifestação de alegria que se verifica nas festas populares não configura a contravenção, porquanto inexiste a intenção de atingir a paz coletiva.

A consumação ocorre com o ato de perturbar o trabalho ou o sossego alheios. Trata-se, pois, de contravenção material de conduta e resultado.

1.3. Jogo do Bicho

O artigo 58 da Lei das Contravenções Penais foi revogado pelo Decreto-lei n. 6.259/44, que dispôs sobre as figuras contravencionais ligadas ao jogo do bicho e às loterias clandestinas. A partir de então, enquadra-se o comportamento contravencional no artigo 58 do supracitado Decreto-lei. Aliás, o Decreto-lei n. 6.259/44, que também revogou os artigos 51 a 57 da Lei das Contravenções Penais, trata das mesmas condutas em seus artigos 45 e seguintes.

O jogo do bicho consiste, segundo a redação do artigo 58, *caput*, do Decreto-lei n. 6.259/44, na realização de apostas mediante combinação de algarismos ou nome de animais e no pagamento de prêmios em dinheiro.

A denominação provém de sua organização, em série de 25 bichos, começando com a avestruz (grupo um) e terminando com a vaca (grupo 25). Cada grupo abrange quatro dezenas. Vejamos o quadro demonstrativo inserido na seqüência:

GRUPO	DEZENAS	BICHOS
1.º	01 a 04	Avestruz
2.º	05 a 08	Águia
3.º	09 a 12	Burro
4.º	13 a 16	Borboleta
5.º	17 a 20	Cachorro
6.º	21 a 24	Cabra
7.º	25 a 28	Carneiro
8.º	29 a 32	Camelo
9.º	33 a 36	Cobra
10.º	37 a 40	Coelho
11.º	41 a 44	Cavalo
12.º	45 a 48	Elefante
13.º	49 a 52	Galo
14.º	53 a 56	Gato

15.º	**57 a 60**	**Jacaré**
16.º	**61 a 64**	**Leão**
17.º	**65 a 68**	**Macaco**
18.º	**69 a 72**	**Porco**
19.º	**73 a 76**	**Pavão**
20.º	**77 a 80**	**Peru**
21.º	**81 a 84**	**Touro**
22.º	**85 a 88**	**Tigre**
23.º	**89 a 92**	**Urso**
24.º	**93 a 96**	**Veado**
25.º	**97 a 00**	**Vaca**

Os prêmios são regulados pelos banqueiros, variando conforme a aposta feita: no grupo, na dezena, na centena ou na milhar. Confere-se o resultado pela extração da loteria federal.

Participam do jogo o apostador, denominado na figura contravencional como comprador ou ponto, o cambista (intermediário, arrecadador de apostas), o vendedor (o banqueiro), além de outros indivíduos que colaboram na elaboração do jogo, realizando um dos comportamentos típicos previstos nas alíneas “b”, “c”, “d” do § 1.º do artigo 58 do Decreto-lei n. 6.259/44. Conseqüentemente, os sujeitos ativos da contravenção são as pessoas mencionadas no *caput* e nas alíneas do § 1.º do artigo 58.

Frisamos, desde logo, que para se punir o cambista não é necessário identificar o apostador ou o banqueiro. Nesses termos a Súmula n. 51 do Superior Tribunal de Justiça (1992): "A punição do intermediador, no jogo do bicho, independe da identificação do apostador ou do banqueiro". Também não é imprescindível que ele seja surpreendido colhendo apostas, bastando a apreensão de material do jogo em seu poder.

Discute-se a viabilidade do reconhecimento do estado de necessidade em relação aos cambistas. Entendemos que a alegação da descriminante, fundada na exigência de o cambista dar sustento à família, não torna lícita a prática do jogo do bicho. Há corrente minoritária sustentando o oposto.

No que diz respeito ao apostador, sendo ele surpreendido pelos agentes da autoridade policial antes de concluir a aposta, seu comportamento é atípico, uma vez que não se pune a tentativa de contravenção.

1.3.1. Resumo dos comportamentos típicos

Realizar o jogo do bicho (apostador e banqueiro)	Art. 58, *caput*
Servir de intermediário (cambista)	Art. 58, § 1.º, "a"
Transportar, conduzir, possuir, ter sob sua guarda ou poder, fabricar, dar, ceder, trocar e guardar listas com indicações do jogo, material próprio da	

contravenção e qualquer outra forma de contribuição para sua confecção, utilização ou emprego.	Art. 58, § 1.º, "b"
Apuração de listas ou organizações de mapas relativos ao movimento do jogo.	Art. 58, § 1.º, "c"
Qualquer outro comportamento que vise promover ou facilitar a realização do jogo.	Art. 58, § 1.º, "d"

O sujeito passivo da contravenção do jogo do bicho é o Estado. O fato de o Estado explorar jogos de azar não enseja a atipicidade do comportamento dos contraventores, pois os recursos arrecadados pelo Estado, diversamente do que ocorre com os banqueiros, estão comprometidos exclusivamente com o interesse público.

Exige-se o dolo como elemento subjetivo do tipo. Não se exige a habitualidade para a configuração da contravenção do jogo do bicho.

As penas de prisão simples previstas são diferenciadas, dependendo do comportamento típico concretizado pelo sujeito ativo.

Aplica-se à contravenção do jogo do bicho a Lei n. 9.099/95, não obstante haja a previsão de rito específico para a sua apuração.

Quanto à prova exigida pela contravenção, preceitua o § 2.º do artigo 58: "Consideram-se idôneos para a prova do ato contravencional quaisquer listas com indicações claras ou disfarçadas, uma vez que a perícia revele se

destinarem à perpetração do jogo do bicho". Acerca da exigibilidade da perícia há duas orientações. Para a primeira, a perícia é indispensável. O jogo é, normalmente, feito por meio de símbolos e abreviaturas só decifráveis por quem entende do jogo. Para a outra posição, a perícia só é indispensável quando existe dúvida sobre o material apreendido. Realizada a perícia, não é necessário que todo o material apreendido a acompanhe.

1.4. Importunação Ofensiva ao Pudor

"Artigo 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor:

Pena – Multa."

Tutelam-se os bons costumes, o pudor individual. Caso o sujeito ativo ofenda o pudor público responderá como incurso no artigo 233 do Código Penal (ato obsceno) ou como incurso no artigo 234 do Código Penal (escrito ou objeto obsceno). Em ambas as infrações, a lei visa à proteção da moralidade pública, sendo sujeito passivo a coletividade.

Quer o sujeito ativo, quer o passivo, podem ser qualquer pessoa. Frise-se que o homem também pode ser vítima da contravenção.

A conduta consiste em *importunar*, quer dizer, molestar, incomodar, atingindo o pudor da vítima. São exemplos as "cantadas" grosseiras, o toque lascivo, entre outros comportamentos que não configurem o atentado violento ao pudor.

Lembramos que o assédio sexual, desde que o agente o cometa prevalecendo-se da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função, passou a constituir crime, nos termos do artigo 216-A do Código Penal. O comportamento típico foi incluído no Código Penal pela Lei n. 10.224, de 15.5. 2001. A pena prevista no preceito secundário do artigo 216-A é de um a dois anos de detenção.

A contravenção ora estudada deve ser cometida em local público (aquele que se presta ao acesso livre do povo, sem distinção ou formalidade) ou acessível ao público. Em local privado poderá caracterizar-se o artigo 65 da Lei das Contravenções Penais.

O *pudor*, elemento normativo do tipo, deve ser apreciado em relação à moral média. É sinônimo de decência. Deve, pois, corresponder a um sentimento médio de suscetibilidade ou moralidade, que são variáveis no tempo e no espaço. Pudor, segundo Nélson Hungria, é o sentimento de timidez ou de vergonha de que se sente possuída a pessoa normal diante de certos fatos ou atos que ferem a decência. Ensina Damásio E. de Jesus que a existência da ofensa ao pudor não está afeta à exclusiva apreciação subjetiva da vítima, uma vez que a conduta atenta contra os bons costumes.

A consumação ocorre com a importunação. A tentativa é impunível (art. 4.º da LCP).

A importunação ofensiva ao pudor distingue-se do ato obsceno (art. 233 do CP), pois nesse o agente quer ou assume o risco de ser visto na prática de ato de caráter sexual (andar nu ou masturbar-se na via pública, por exemplo) enquanto , na contravenção que ora se examina, o agente não quer e também não assume o risco de ser visto por um número indeterminado de pessoas.

A contravenção também se distingue do atentado violento ao pudor (art. 214 do CP). O crime exige a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Na contravenção a conduta que visa satisfazer a libido não é cometida com violência ou grave ameaça.

1.5. Perturbação da Tranqüilidade

"Artigo 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranqüilidade, por acinte ou por motivo reprovável.

Pena – Prisão simples, de 15 dias a 2 meses, ou multa."

Almeja-se a preservação da tranqüilidade individual. Essa é a objetividade jurídica da contravenção em estudo.

Não há restrição quanto aos sujeitos ativo e passivo da contravenção de perturbação da tranqüilidade.

O comportamento típico consiste em molestar, isto é, incomodar alguém. Perturbar significa interromper o sossego, a paz, a tranqüilidade de outrem. Trata-se de contravenção de forma livre, uma vez que pode ser praticada por meio de palavras, gestos, por correspondência etc.

Exige-se o dolo, acrescido de especial finalidade do agente: a) *acinte*: de caso pensado, de forma premeditada, com o firme propósito de perturbar; b) *motivo reprovável*: censurável, sem justificação, ilegítimo. Exemplos: passar trotes; atirar sujeira na casa de alguém; fazer barulho para incomodar determinada pessoa.

Quadro comparativo

Temas/Infrações	**Art. 42** Perturbação do trabalho ou do sossego alheios	**Art. 61** Importunação ofensiva ao pudor	**Art. 65** Perturbação da tranqüilidade
Objetividade jurídica	Paz pública	Bons costumes	Tranqüilidade pessoal
Sujeito Ativo	Qualquer pessoa	Idem	Idem
Sujeito Passivo	É a coletividade. Não basta uma pessoa ou um número muito reduzido delas.	Qualquer pessoa, homem ou mulher.	Qualquer pessoa.
Elemento Subjetivo	Dolo, acrescido do conhecimento das prescrições legais (II) e do caráter abusivo do comportamento (I e III).	Dolo. O agente visa à satisfação de sua libido, não assumindo o risco de ser visto por várias pessoas.	Dolo, acrescido do acinte (comportamento grosseiro, maldoso) ou do motivo reprovável (contrário aos sentimentos morais ou

			sociais).
Elemento Espacial	Qualquer local.	Local público ou acessível ao público.	Qualquer local.
Consumação	Com o ato de perturbar o trabalho ou o sossego alheios.	Com a importunação ao pudor.	Com o molestar.
Elementos objetivos do tipo	1) Gritaria ou algazarra; 2) Exercício de profissão incômoda ou ruidosa (II), em desacordo com as prescrições legais; 3) Abuso no emprego de instrumentos sonoros ou de sinais acústicos (III); 4) Provocar ou não impedir barulho de animal.	Importunar, atingindo o pudor da vítima (sentimento de timidez ou vergonha).	Molestar: irritar, incomodar, perturbar a tranqüilidade, o sossego, a paz, por acinte ou motivo reprovável.

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Crimes Falimentares

Luiz Fernando Vaggione

1. PREVISÃO LEGAL DOS CRIMES FALIMENTARES

Os crimes falimentares estão previstos nos artigos 186 e seguintes do Decreto-lei n. 7.661/45.

2. TEORIAS SOBRE OS CRIMES FALIMENTARES

2.1. Teoria da Falência-Crime

Como ressalta Maximiliano Cláudio Américo Führer[1], "na doutrina clássica, a própria falência constitui o delito, enquanto as teorias modernas procuram conceituar o crime falimentar como um ilícito penal cometido pelo falido, ou a violação dolosa ou culposa de obrigações impostas por lei ao comerciante, passando a falência a ser apenas uma condição de existência ou de punibilidade do crime falimentar". Como adverte o citado autor, o conceito de falência-crime não foi reconhecido pela doutrina.

[1] FÜHRER, Maximiliano Cláudio Américo. *Crimes falimentares*. São Paulo: RT, 1972. p. 5.

2.2. Teoria da Dupla Presunção Legal

Pela teoria da dupla presunção legal, a falência não é, por si só, um crime. Na verdade, pune-se o comportamento do falido que causa ou agrava a situação de insolvência que ensejou a falência. O comportamento do falido agrava a situação econômica da empresa e, conseqüentemente, reduz ou suprime dos credores a possibilidade de se verem ressarcidos no processo falimentar. Como enfatiza a denominação dessa teoria, reconhecem-se duas presunções legais. Nos termos da primeira, a constatação de um comportamento descrito na lei é suficiente para concluir que o devedor tinha uma *conduta desregrada* na condução de seus negócios. Para a segunda presunção, tal conduta irregular na condução dos negócios foi a causa determinante da falência. Trata-se de uma presunção *juris et de jure*, de caráter absoluto, portanto.

2.3. Teoria da Falência-Condição

Segundo a teoria da falência-condição, a falência seria uma condição de existência do crime falimentar e de sua punibilidade. Os crimes correspondem aos comportamentos típicos descritos na lei. Segundo Maximiliano Führer é a teoria predominante na atualidade, expressamente adotada na Exposição de Motivos da Lei de Falências.

3. OBJETIVIDADE JURÍDICA DOS CRIMES FALIMENTARES

Predomina o entendimento de que o objeto jurídico é o bem ou o interesse jurídico protegido pela norma penal. Para Feuerbach, no entanto, o

objeto jurídico seria a própria norma penal. Podemos afirmar que o crime falimentar é pluriofensivo, haja vista a ofensa a vários bens tutelados: o patrimônio dos credores, o crédito, a fé pública, o comércio, a economia, o tratamento isonômico dos credores, a liquidação rápida e justa da massa ativa e o interesse da Administração da Justiça. Para Maximiliano Führer, o objeto da tutela penal é o conjunto de interesses que se estabelece em torno da massa falida[2]. Adota idêntico posicionamento Rubens Requião[3].

4. CRIMES ANTE E PÓS-FALIMENTARES

A classificação supracitada tem como baliza a sentença declaratória da falência. São os comportamentos típicos cometidos antes ou depois da quebra. A distinção, embora digna de avaliação, carece de utilidade, sendo inútil distinguir entre crimes antefalimentares ou pós-falimentares, já que todos atingem os bens tutelados pela norma penal.

5. A ZONA DE RISCO PENAL

Na existência de uma empresa pode haver um momento no qual se anteveja a quebra, a partir do qual pode o agente praticar alguns comportamentos que atingem os interesses da futura e eventual massa falida.

Segundo Maximiliano Führer, a zona de risco penal é um conceito relativo, que deverá ser examinado em cada caso concreto. A Lei de Falências

[2] *Op. cit.* p. 24.
[3] REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*.14.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. vol. 2, p. 158.

pode, em determinadas hipóteses, delimitar a zona de risco penal. Assim o fez, por exemplo, no inciso III do artigo 186 do Decreto-lei n. 7.661/45, no qual há crime se o comportamento típico – "emprego de meios ruinosos para obter recursos e retardar a declaração da falência ..." – é cometido nos seis meses anteriores à quebra.

O interesse na delimitação da *zona de risco penal* prende-se à necessidade de se estabelecer a partir de que momento pode-se caracterizar a conduta do agente como crime falimentar. Não seria razoável estender-se a *zona de risco* até um passado remoto.

6. QUALIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DOS CRIMES FALIMENTARES

Há controvérsia acerca da qualificação doutrinária dos crimes falimentares. Há aqueles que sustentam que os crimes ora estudados são de dano, porque dependem da decretação da falência. Para outros, há crimes de perigo e de dano. Assim, incumbirá ao aplicador do Direito Penal a verificação caso a caso.

7. UNIDADE OU MULTIPLICIDADE DE CRIMES FALIMENTARES

Há consenso na doutrina sobre a unidade do crime falimentar. Nesse sentido, podemos citar Rubens Requião, Oscar Stevenson, Maximiliano Führer, entre outros. Ainda que vários sejam os crimes praticados, o agente responderá por uma única infração, evidentemente a mais severa. O crime

falimentar é um todo único, não podendo a sentença cindi-lo para aplicar penas autônomas a cada uma de suas partes (STF, *HC* n. 49.563-SP). Ao analisarmos a Lei de Falências nos deparamos, nos artigos 186 e 188 com os chamados *crimes de ação múltipla* ou *de conteúdo variado*, o que implica o reconhecimento de crime único ainda que várias tenham sido as ações praticadas, sendo indiferente que tenham sido cometidas antes ou depois da sentença declaratória da falência.

8. SUJEITO ATIVO DOS CRIMES FALIMENTARES

Nos crimes antefalimentares o devedor será sempre o sujeito ativo. Terceiros poderão concorrer na qualidade de partícipes. Nos delitos pós-falimentares, o crime é comum, dado que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, o próprio falido ou terceira pessoa, inclusive o síndico, o juiz, o representante do Ministério Público, o perito, o avaliador, o escrivão, o oficial de justiça ou o leiloeiro, segundo a lição de Maximiliano Führer. Prevalece a impossibilidade de figurar a pessoa jurídica como sujeito ativo dos crimes falimentares, com fundamento no axioma *societas delinquere non potest*. A responsabilidade na Lei de Falências é, portanto, exclusivamente pessoal, recaindo sobre todos aqueles que, de qualquer modo, concorrerem para o crime.

9. SUJEITO PASSIVO NOS CRIMES FALIMENTARES

Vimos que os crimes falimentares são pluriofensivos. Constatamos, também, que os comportamentos típicos atingem os interesses individuais e outros como a fé pública, o funcionamento do comércio e da economia. Assim, são sujeitos passivos os credores e o próprio Estado.

10. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

Quando o Código Penal admite a modalidade culposa, o faz expressamente. É o que se extrai do disposto no parágrafo único de seu artigo 18. Como ensina Damásio de Jesus, não há crimes falimentares culposos, mas sim dolosos. Distinguem-se esses pelo dolo de dano ou de perigo. Nesse sentido:

"... Assim vejamos o que ocorre nos delitos falimentares. Por força do art. 12 do Código Penal, o disposto no parágrafo único do art. 18 do mesmo estatuto é aplicável à legislação especial falimentar. E na descrição dos delitos de quebra não há nenhuma referência à modalidade culposa; nem existe indicação marginal nesse sentido. Conclusão: não há crimes falimentares culposos ..."[4].

[4] JESUS, Damásio de. *Questões Criminais*. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 154.

11. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Nos crimes antefalimentares verifica-se a consumação com a superveniência da sentença declaratória da falência, pois somente nesse momento os comportamentos praticados pelo agente atingem o objeto da tutela penal: a massa falida. No caso dos crimes pós-falimentares, a consumação ocorrerá no momento do cometimento da conduta típica.

A tentativa é tecnicamente viável nos crimes antefalimentares, muito embora devemos reconhecer sua difícil configuração na prática. A forma tentada é possível desde que durante a execução sobrevenha a declaração da falência, de modo a interromper o *iter criminis* por circunstâncias alheias à vontade do agente. Nos pós-falimentares inexiste controvérsia, sendo perfeitamente admissível o *conatus*.

12. PRESCRIÇÃO DOS CRIMES FALIMENTARES

A matéria é regulada pelo artigo 199 do Decreto-lei n. 7.661/45, segundo o qual a prescrição extintiva da punibilidade de crime falimentar opera-se em dois anos. A contagem desse prazo tem como marco inicial a data em que *deveria* estar encerrada a falência ou da sentença que julgar cumprida a concordata. É o que dispõe a Súmula n.147 do Supremo Tribunal Federal:

"A prescrição de crime falimentar começa a correr da data em que deveria estar encerrada a falência, ou do trânsito em julgado da sentença que a encerrar ou que julgar cumprida a concordata".

Explica-se: deve-se conjugar o disposto no artigo 199 e seu parágrafo com o que preceitua o artigo 132, § 1.º, ambos do Decreto-lei n. 7.661/45. Segundo o § 1.º do artigo 132, o processo de falência deverá estar encerrado dois anos depois do dia da declaração da quebra. Sabe-se, entretanto, que o processo falimentar é moroso, podendo arrastar-se por vários anos. A persistir a aplicação do artigo 199 tal como escrito, o falido poderia ser processado criminalmente após 15 ou 20 anos da data do cometimento da infração, hipótese de tratamento muito mais severo daquele que ele receberia caso praticasse um homicídio, cuja prescrição ocorreria em 20 anos da consumação do delito. Assim, após intenso debate, reconheceu o Supremo Tribunal Federal que o termo inicial para a contagem do lapso prescricional será a data em que *deveria* estar encerrado o processo de falência. Para tanto, a Suprema Corte combinou os artigos 132, § 1.º, e 199. A adoção desse posicionamento vem em benefício do agente. Mas, atenção! Maximiliano Führer adverte que o entendimento exposto na Súmula n. 147 só pode ser adotado aos crimes praticados até dois anos depois da sentença declaratória da falência. Nos demais casos conta-se o prazo de prescrição a partir da data do trânsito em julgado da sentença que encerrar a falência.

Aplica-se à prescrição dos crimes falimentares as causas interruptivas previstas no Código Penal (Súmula n. 592 do STF).

Quanto à concordata, em sendo preventiva, a contagem inicia-se com a data do trânsito em julgado da sentença que a julgar cumprida. Sendo suspensiva, a sentença que a der por cumprida encerrará a falência. Assim, a partir do trânsito em julgado dessa sentença começará a ser contado o prazo de dois anos.

13. O INQUÉRITO JUDICIAL

Os crimes falimentares são apurados mediante inquérito judicial, disciplinado nos artigos 103 a 113 da Lei de Falências. Prepondera o entendimento de que a natureza do procedimento apuratório é inquisitiva, prestando-se exclusivamente para que o Ministério Público possa formar sua convicção. Outra corrente jurisprudencial sustenta que o inquérito judicial é peça integrante da ação penal, devendo ser submetido ao princípio do contraditório.

14. COMPETÊNCIA

A competência para processo e julgamento dos crimes falimentares é o Juízo do local em que foi declarada a falência. No Estado de São Paulo é o que dispõe o artigo 15 da Lei n. 3.947/83, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (*RHC* n. 63.787, j. de 27.6.1986, *DJU* 22.8.1986, *RTJ* 119/133).

15. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Dispõe o artigo 89 da Lei n. 9.099/95 ser possível o *sursis processual* quando a pena mínima cominada em abstrato for igual ou inferior a um ano. O mencionado dispositivo não faz restrição à existência de procedimento especial previsto para a apuração da infração penal. Assim, presentes o requisito

objetivo (quantidade da pena mínima abstratamente cominada pelo legislador) e os subjetivos, é cabível o benefício.

16. FIGURAS PENAIS

Os crimes falimentares estão descritos nos artigos 186 a 190 do Decreto-lei n. 7.661/45:

"Art. 186. Será punido o devedor com detenção, de seis meses a três anos, quando concorrer com a falência algum dos seguintes fatos:

I – gastos pessoais, ou de família, manifestamente excessivos em relação ao seu cabedal;

II – despesas gerais do negócio ou da empresa injustificáveis por sua natureza ou vulto, em relação ao capital, ao gênero do negócio, ao movimento das operações e a outras circunstâncias análogas;

III – emprego de meios ruinosos para obter recursos e retardar a declaração da falência, como vendas, nos seis meses a ela anteriores, por menos do preço corrente, ou a sucessiva reforma de títulos de crédito;

IV – abuso de responsabilidade de mero favor;

V – prejuízos vultosos em operações arriscadas, inclusive jogos de Bolsa;

VI - inexistência dos livros obrigatórios ou sua escrituração atrasada, lacunosa, defeituosa ou confusa;

VII – falta de apresentação do balanço, dentro de 60 dias após a data fixada para o seu encerramento, à rubrica do juiz sob cuja jurisdição estiver o seu estabelecimento principal.

Parágrafo único. Fica isento da pena, nos casos dos ns. VI e VII deste artigo, o devedor que, a critério do juiz da falência, tiver instrução insuficiente e explorar comércio exíguo.

Art. 187. Será punido com reclusão, por um a quatro anos, o devedor que, com o fim de criar ou assegurar injusta vantagem para si ou para outrem, praticar, antes ou depois da falência, algum ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores.

Art. 188. Será punido o devedor com a mesma pena do artigo antecedente, quando com a falência concorrer algum dos seguintes fatos:

I – simulação de capital para obtenção de maior crédito;

II – pagamento antecipado de uns credores em prejuízo de outros;

III – desvio de bens, inclusive pela compra em nome de terceira pessoa, ainda que cônjuge ou parente;

IV – simulação de despesas, de dívidas ativas ou passivas e de perdas;

V – perdas avultadas em operações de puro acaso, como jogos de qualquer espécie;

VI – falsificação material, no todo ou em parte, da escrituração obrigatória ou não, ou alteração da escrituração verdadeira;

VII – omissão, na escrituração obrigatória ou não, de lançamento que dela devia constar, ou lançamento falso ou diverso do que nela deveria ser feito;

VIII – destruição, inutilização ou supressão, total ou parcial, dos livros obrigatórios;

IX – ser o falido leiloeiro ou corretor.

Art. 189. Será punido com reclusão de um a três anos:

I – qualquer pessoa, inclusive o falido, que ocultar ou desviar bens da massa;

II – quem quer que, por si ou interposta pessoa, ou por procurador, apresentar, na falência ou na concordata preventiva, declarações ou reclamações falsas, ou juntar a elas títulos falsos ou simulados;

III – o devedor que reconhecer como verdadeiros créditos falsos ou simulados;

IV – o síndico que der informações, pareceres ou extratos dos livros do falido inexatos ou falsos, ou que apresentar exposição ou relatórios contrários à verdade.

Art. 190. Será punido com detenção, de um a dois anos, o juiz, o representante do Ministério Público, o síndico, o perito, o avaliador, o

escrivão, o oficial de justiça ou o leiloeiro que, direta ou indiretamente, adquirir bens da massa, ou, em relação a eles, entrar em alguma especulação de lucro."

17. DECLARAÇÃO DA FALÊNCIA

Discute-se a natureza jurídica da declaração da quebra em relação aos crimes falimentares. Há os que sustentam que ela constitui elemento do tipo. Outros, que se trata de uma condição objetiva de punibilidade. Há, também, os que nela reconhecem um pressuposto do crime falimentar. Finalmente, existem aqueles que vêem a declaração da falência como uma condição de procedibilidade da ação penal.

Vale a pena transcrever a lição de Damásio de Jesus:

"Pensamos que nos delitos falimentares, conforme a figura penal, a declaração da falência constitui condição de procedibilidade ou elemento do tipo. A diversidade da natureza jurídica da declaração da quebra depende dos elementos contidos no tipo penal. Quando a figura incriminadora não contém a declaração da falência como elementar, ela configura condição de procedibilidade. É o que ocorre no caso da juntada de título simulado na concordata preventiva (Lei de Falências, art. 189, II). O delito existe já na fase da concordata preventiva. A ação penal, porém, fica condicionada à declaração da falência (CPP, art. 507). Quando, entretanto, a definição do crime contém a declaração da quebra, esta constitui elemento do tipo. Sem ela o fato é atípico.

O síndico que numa falência adquire bens da massa pratica delito falimentar (art. 190). Se não há falência a conduta é atípica"[5].

[5] JESUS, Damásio de *Código de Processo Penal Anotado*. 14.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.p. 366.

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

MÓDULO V

1. Tendo em vista o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação ao estupro e ao atentado violento ao pudor, no item **2. O ROL DOS CRIMES HEDIONDOS** no trecho onde se lê *"Atenção:* segundo recente decisão... ou morte da vítima" leia-se:

Observação: Vinha predominando nos Tribunais Superiores a orientação de que o estupro e o atentado para serem considerados crimes hediondos deveriam ser cometidos com violência real, dessa resultando lesão grave ou morte da vítima. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no entanto, ao julgar o *HC* 81.288-SC, em 17.12.2001, por maioria de votos (7 a 4), mudou sua orientação, decidindo que o crime de estupro é hediondo, ainda que dele não resulte lesão corporal grave ou morte. Após essa relevante decisão, o Superior Tribunal de Justiça, adotando expressamente o entendimento do Pleno do Supremo Tribunal Federal, entendeu que o atentado violento ao pudor, mesmo no caso de violência presumida, é crime hediondo (*HC* 19.221-PR, Rel. Félix Fischer, j. em 7.2.2002). A orientação do Supremo Tribunal Federal, ao contrário do que ocorreu com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não afirma, explicitamente, ser hediondo o estupro cometido com violência presumida. Frisa-se, no entanto, que o caso levado a julgamento no Supremo Tribunal Federal versava sobre estupro praticado contra descendentes, contando a filha mais velha com apenas 11 anos de idade. Além da violência presumida (art. 224, "a", do CP) foi empregada violência real, porquanto a pequena vítima chegou a ser amordaçada por seu pai. A Ministra Ellen Gracie, baseada em estudos sobre o estupro, ressaltou que a hediondez do referido crime emana das seqüelas de ordem psíquica e emocional que marcam a mulher para o resto da vida. Ora, é forçoso reconhecer que tais conseqüências também emanam do estupro praticado com

violência presumida. Por tal razão, ponderamos que a forma simples do estupro, ainda que cometido com violência presumida, é crime hediondo. A confirmação ou não do nosso entendimento virá com as próximas decisões do Supremo Tribunal Federal.

2. Ainda com base nesse novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, o exercício 4 de Legislação Penal Especial dos Exercícios Objetivos do Módulo 5 deve ser substituído por:

4. Assinale a alternativa correta. O estupro e o atentado violento ao pudor, segundo o STF, para serem considerados como crimes hediondos:

a) exigem o resultado morte ou lesão grave;

b) dependerão da incidência do art. 223, *caput* e parágrafo único, do Código Penal;

c) não exigem o resultado morte ou lesão grave;

d) reclamam a aplicação das causas de aumento previstas no art. 226 do Código Penal.

Cabe ressaltar que o gabarito (que indica a letra "c") está correto.

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

MÓDULO VI

Tendo em vista o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação ao estupro e ao atentado violento ao pudor, no item **1.2. Art. 2.º, II – Proibição da Concessão de Fiança e Liberdade Provisória,** o trecho onde se lê "Recordamos que o estupro e o atentado violento ao pudor, praticados com violência presumida (art. 224 do CP), não são considerados hediondos." **deve ser desconsiderado**.

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

MÓDULO VII

Tendo em vista o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação ao estupro e ao atentado violento ao pudor, no item **1.4. Art. 9.º da Lei n. 8.072/90 – Aumento de Pena,** o terceiro parágrafo recebeu nova redação:

Quanto à questão da incidência do art. 9.º no estupro e no atentado violento do pudor, ambos praticados com violência presumida, é preciso frisar que se descartava tal possibilidade porque o STF e o STJ vinham entendendo que tais crimes só seriam considerados como hediondos quando praticados com violência real, dessa advindo lesão grave ou morte da vítima. Como já adiantamos, o STF mudou sua orientação ao julgar o *HC* 81.288-SC. Pelo seu Pleno afirmou que o estupro simples também é hediondo. O STJ, baseado no julgamento acima aludido, foi mais longe ao afirmar que o atentado violento ao pudor, mesmo no caso de violência presumida, é crime hediondo (*HC* 19.221-PR). Caso se confirme, nos julgamentos que se sucederão, a orientação de que a hediondez dos citados crimes não é afastada pela violência presumida, será necessário enfrentar outra questão: incide o art. 9.º sobre o estupro e o atentado violento ao pudor cometidos com violência presumida? Admite-se a dupla utilização do art. 224 do Código Penal, ora para tipificar a infração penal, ora para aumentar a pena de metade? Há vários precedentes no STF sustentando ser possível. Tal orientação, todavia, foi sempre criticada pela doutrina e não foi adotada pelo STJ. No âmbito do Ministério Público de São Paulo admite-se a aplicação do art. 9.º nas hipóteses comentadas (Tese n. 74 – Setor de Recursos Extraordinários e Especiais). Há, portanto, duas orientações: a primeira sustenta a ocorrência de *bis in idem* e, assim, descarta a aplicação do art. 9º; a segunda admite a incidência do art. 9º, mesmo que se trate de violência presumida.

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL – EXERCÍCIOS OBJETIVOS 8

Tendo em vista o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação ao estupro e ao atentado violento ao pudor, a questão 3 recebeu nova redação:

3. Sobre quais crimes incide o art. 9.º da Lei n. 8.072/90 e o que se exige em relação às vítimas dessas infrações penais para que seja possível a aplicação do aludido artigo de lei ?

___

___

___

___

___

MÓDULO I

DIREITO CONSTITUCIONAL

Teoria Geral da Constituição

DIREITO CONSTITUCIONAL

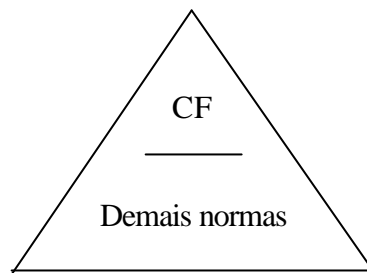
Teoria Geral da Constituição

1. CONSTITUIÇÃO

Constituição é a organização jurídica fundamental do Estado.

As regras do texto constitucional, sem exceção, são revestidas de supralegalidade, ou seja, possuem eficácia superior às demais normas. Por isso se diz que a norma Constitucional é norma positiva suprema.

A estrutura do ordenamento jurídico é escalonada, sendo que todas as normas abaixo da Constituição devem ser com ela compatíveis.

CF

Demais normas

No ápice da pirâmide estão as normas constitucionais, logo, todas as demais normas do ordenamento jurídico devem buscar seu fundamento de validade no texto constitucional, sob pena de inconstitucionalidade.

Basta que a regra jurídica esteja na CF para ela ser revestida de supralegalidade.

Na CF de 1988, existem regras formalmente constitucionais (RFC) e materialmente constitucionais (RMC).

1.1. Regras Materialmente Constitucionais

Para identificar o que são regras materialmente constitucionais, é necessário que elas estejam relacionadas ao "PODER". Nossa Constituição relaciona as seguintes matérias:

Modo de Aquisição
Modo de Exercício

Elementos Limitativos

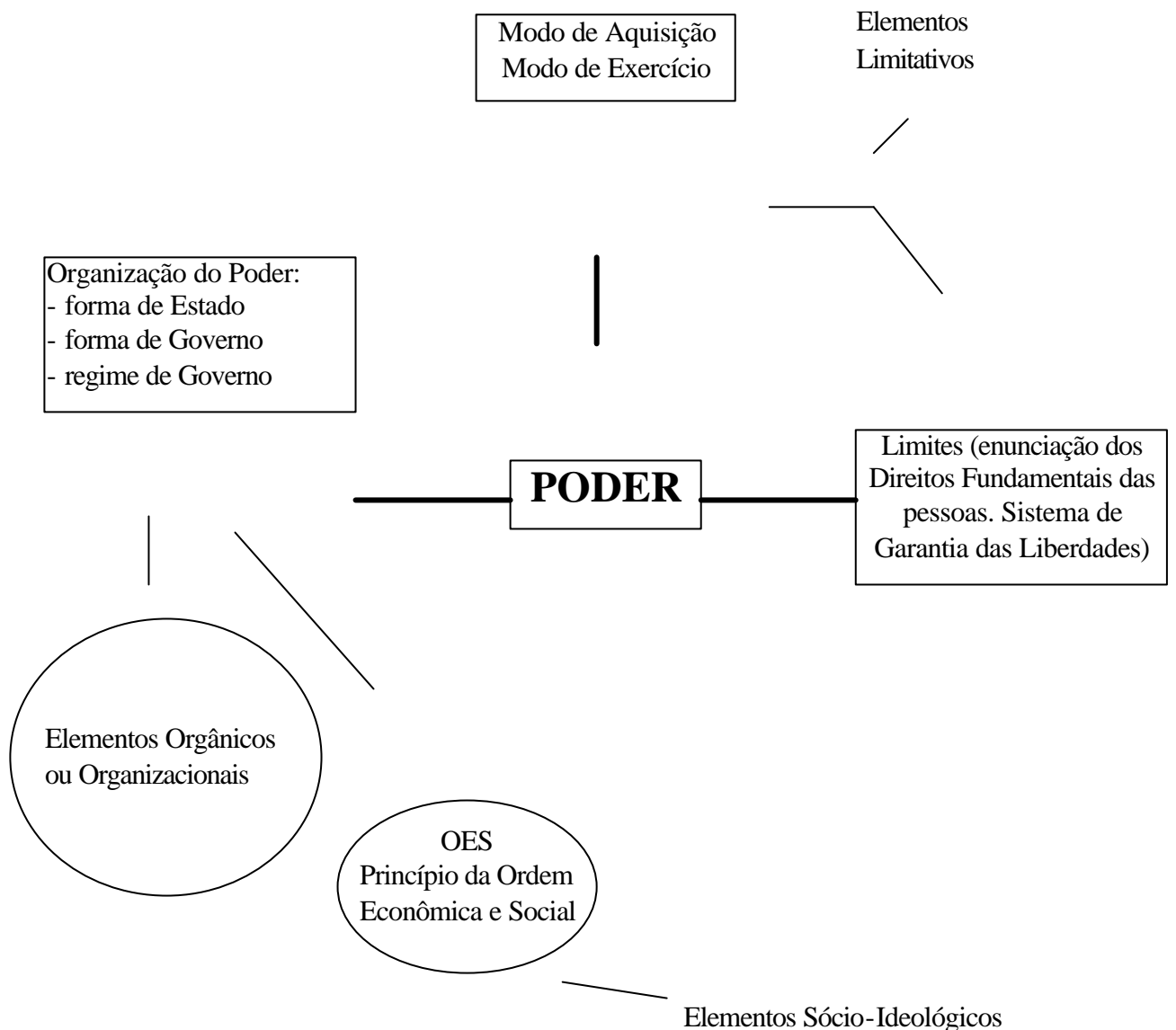
Organização do Poder:
- forma de Estado
- forma de Governo
- regime de Governo

PODER

Limites (enunciação dos Direitos Fundamentais das pessoas. Sistema de Garantia das Liberdades)

Elementos Orgânicos ou Organizacionais

OES
Princípio da Ordem Econômica e Social

Elementos Sócio-Ideológicos

- A forma de Estado e de Governo e o regime de Governo são definidos em regras jurídicas que definem o Poder (regras materialmente constitucionais).
- A CF deve enunciar os direitos fundamentais dos indivíduos. Quando se enunciam esses direitos, automaticamente é definido um limite ao eventual exercício arbitrário do poder (RMC).

1.2. Regras Formalmente Constitucionais

As regras formalmente constitucionais podem ser observadas nos seguintes exemplos: os arts. 182 (que trata da política de desenvolvimento urbano) e 231 (que trata da política indígena), ambos da CF de 1988. Essas regras, sob o ponto de vista material, não são regras que tratam de matéria constitucional. Devido ao fato de estarem dispostas na Constituição, são, no entanto, Regras Formalmente Constitucionais, independentes da matéria.

O fato de uma regra estar na Constituição imprime a ela o grau máximo de eficácia jurídica, seja ela regra material, seja regra formal. O grau de rigidez também é o mesmo para toda norma constitucional, independentemente de ser ela material ou formal. Toda regra disposta no texto constitucional é formalmente constitucional, no entanto, algumas delas podem ser também regras materialmente constitucionais. As regras materialmente constitucionais são aquelas que tratam de matéria constitucional, independentemente de estarem ou não dispostas na Constituição.

1.3.Elementos da Constituição

- *Elementos Limitativos*: são regras que enunciam os direitos fundamentais e garantem a liberdade.
- *Elementos Organizacionais*: são regras que tratam da organização do poder.
- *Elementos Sócio-Ideológicos*: são princípios da Ordem Econômica e Social (OES) e são indissociáveis da opção política da organização do Estado (RMC).

2. CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

2.1. Quanto ao Conteúdo

- *Constituição Material*: é o conjunto de regras jurídicas que trata de matéria constitucional. Tais regras podem estar na CF ou fora dela.
- *Constituição Formal*: é o conjunto de regras jurídicas que tem a forma de regra constitucional, diga ou não respeito à matéria constitucional (Constituição Escrita).

2.2. Quanto à Forma

- *Constituição não escrita ou Costumeira*: o conjunto de regras que forma a Constituição não escrita. As regras são: usos e costumes, precedentes jurisprudenciais e textos escritos esparsos (atos do Parlamento). Na Constituição não escrita, os textos escritos não são as

únicas fontes constitucionais, mas apenas uma parte delas. Existem textos escritos nessas constituições, no entanto a maioria das fontes constitucionais são usos e costumes; os textos não são consolidados, podendo haver entre eles um período de até 400 anos. O melhor exemplo de Constituição não escrita é a Constituição do Reino Unido.

- *Constituição Escrita*: é composta por um conjunto de regras codificadas e sistematizadas em um único documento. Ela pode ser:
  - *sintética*: constituição concisa. Consagra regras exclusivamente de matéria constitucional (ex.: Constituição dos EUA).
  - *analítica*: caracteriza-se por ser muito extensa, com regras formalmente constitucionais. A Constituição brasileira é o melhor exemplo.

2.3. Quanto ao Modo de Elaboração

- *Constituição Dogmática*: reflete a aceitação de certos dogmas reputados verdadeiros pela ciência política, ou seja, é fruto de um momento reflexível sobre certos dogmas. Pode ser:
  - *eclética*: possui uma linha ideológica não definida;
  - *ortodoxa*: possui linha ideológica bem definida.
- *Constituição Histórica*: é a constituição não escrita. Chama-se histórica devido ao fato de haver um longo processo de elaboração da constituição.

2.4. Quanto à Origem ou Processo de Positivação

- *Constituição Promulgada, Democrática ou Popular (Votada ou Convencional)*: é aquela que tem um processo de positivação proveniente de acordo ou votação (ex.: a Constituição brasileira de 1988).

- *Constituição Outorgada*: é aquela positivada por uma pessoa que está no governo (ex.: Constituição brasileira de 1937).

2.5. Quanto à Estabilidade

- *Constituição Rígida*: é aquela que para ser modificada necessita de um processo especial. A CF do Brasil é um exemplo de Constituição Rígida.

- *Constituição Flexível*: é aquela que pode ser modificada por procedimento comum. A parte escrita das Constituições Costumeiras é um exemplo de Constituição Flexível.

- *Constituição Semi-Rígida*: é aquela na qual a modificação das Regras Materialmente Constitucionais necessita de um procedimento especial e a modificação das Regras Formalmente Constitucionais pode ser feita por procedimento comum.

2.6. Quanto à Função

Esta classificação não apresenta categorias que sejam logicamente excludentes, ou seja, a Constituição poderá receber mais de uma destas classificações:

- *Constituição Garantia*: é aquela que, enunciando os direitos das pessoas, limita o exercício abusivo do poder, dando uma garantia aos indivíduos;

- *Constituição Balanço*: é aquela que é um reflexo da realidade. É a "Constituição do Ser". Um exemplo é a Constituição da extinta URSS;

- *Constituição Dirigente*: é aquela que não se limita a organizar o poder, mas preordena a sua forma de atuação por meio de "programas" vinculantes.

3. HISTÓRICO DAS CONSTITUIÇÕES

Constituições Brasileiras

- 1824: positivada por *outorga*. Constituição do Império do Brasil.
- 1891: positivada por promulgação. Constituição da 1.ª República.
- 1934: positivada por *promulgação*.
- 1937: positivada por *outorga* (Getúlio Vargas).
- 1946: positivada por *promulgação*. Restabelece-se o Estado Democrático.
- 1967: positivada por promulgação .
- 1969: positivada por *outorga* (golpe militar).
- 1988: positivada por promulgação.

Carta Constitucional: é o nome designado às Constituições outorgadas.

Constituição "Cesarista": assim chamada pela doutrina, nada mais é do que uma Constituição outorgada que passa por uma encenação de um processo de consulta ao eleitorado para revesti-la de aparente legitimidade.

Constituição "Dualista" ou "Pactuada": assim chamada pela doutrina, é a Constituição fruto de um acordo entre o governante e os governados.

4. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A CF de 1988 possui a seguinte classificação:

- *Quanto ao conteúdo*: formal;
- *Quanto à forma*: escrita e analítica;
- *Quanto ao modo de elaboração*: dogmática;
- *Quanto à origem*: promulgada;
- *Quanto à estabilidade*: rígida;
- *Quanto à função*: garantia e dirigente.

1. ESTRUTURA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

As normas constitucionais classificam-se em:

- orgânicas;
- limitativas;
- sócio-ideológicas;
- de estabilidade constitucional;
- formais de aplicabilidade.

1.1. Orgânicas

São as regras que estruturam o Poder, organizando o Estado (regras materialmente constitucionais).

1.2. Limitativas

São as regras que limitam o Poder (direito e garantias fundamentais).

1.3. Sócio-Ideológicas

São as regras relacionadas com a ordem econômica e social.

1.4. De Estabilidade Constitucional

São as regras que visam assegurar a supremacia da Constituição, a solução de conflitos constitucionais e a solução de crises. O art. 102 da CF/88 faz previsão de uma ação direta para nulificar norma inconstitucional, com a finalidade de assegurar a supremacia e a estabilidade da Constituição. Também, com a mesma finalidade, está previsto na CF/88 um mecanismo para coibir a ocorrência de secessão (separação dos Estados-Membros). Trata-se da intervenção federal que legitima a União, excepcionalmente, a intervir nos Estados e Distrito Federal (art. 34 da CF/88). Os casos de intervenção são taxativos, não podendo haver outros senão aqueles enumerados no art. 34, I a IV, da CF/88.

1.5. Formais de Aplicabilidade

Uma norma constitucional não precisa de cláusula de revogação da norma anterior e entrará em vigor na data de sua publicação no *DOU*.

2. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

A CF/88 tem duas partes distintas:

- as disposições permanentes (arts. 1.º a 250);
- as disposições transitórias (arts. 1.º a 83).

Embora esteja dividida em duas partes, a Constituição é una, ou seja, as regras transitórias são parte integrante da Constituição, possuindo a mesma rigidez e a mesma eficácia das regras permanentes.

As regras transitórias são chamadas de Direito Intertemporal e têm por finalidade a solução de situações de transitoriedade entre a Constituição revogada e a Constituição que entrará em vigor. Então, a finalidade das disposições transitórias é:

- regular a transição constitucional;
- regular transitoriamente matéria infra-constitucional até que sobrevenha a lei.

A eficácia das disposições transitórias é esgotável, exaurível, tendo em vista que, com o advento de um fato com uma data certa e atingindo-se essa data, a eficácia da norma se esgotaria. A finalidade básica das normas transitórias é regular a transição constitucional.

As disposições transitórias foram usadas também para regular matérias que deverão ser objeto de lei infraconstitucional (ex.: art. 7.º, I, da CF/88).

O constituinte, preocupado com a inércia do legislador ordinário, regulou transitoriamente, no art. 10 do ADCT, a relação de dispensa sem justa causa disposta no art. 7.º, I, da CF/88. Este art. 10 ficará regulando o art. 7.º, I, da CF/88 até que seja promulgada a lei complementar, quando se dará o exaurimento da norma disposta no ADCT.

3. PREÂMBULO CONSTITUCIONAL

É a parte introdutória que contém a enunciação de certos princípios, refletindo a posição ideológica do constituinte.

O preâmbulo é parte integrante da CF/88, tendo em vista que sua redação foi votada. Serve como elemento de interpretação das normas constitucionais, tendo em vista ser a síntese ideológica do constituinte, da qual surge uma enunciação de princípios.

O art. 19, I, da CF/88, por um lado, dispõe que o Brasil será um país leigo, ou seja, não poderá ser ligado a nenhuma Igreja, seja ela qual for. No preâmbulo da Constituição, por outro lado, encontramos o nome de Deus. Pode parecer contraditório para alguns, mas não significa que, devido ao uso da palavra “Deus” no preâmbulo, o Brasil seja considerado um país sectário e fiel a uma religião.

Além de ser o Brasil um Estado leigo, é também um Estado teísta, ou seja, embora seja neutro em matéria confessional, acredita-se, oficialmente, na existência de um ser supremo e único, de todas as crenças.

Prevalece, portanto, sua natureza de documento de intenções que também pode servir para a interpretação e integração das normas constitucionais. Não prevalece, porém, contra regra escrita no corpo da Constituição.

4. FENÔMENOS DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

4.1. Fenômeno da Recepção

O fenômeno da recepção assegura a preservação do ordenamento jurídico anterior e inferior à nova Constituição e que, com ela, se mostre materialmente compatível.

Quanto às leis infra-constitucionais que foram editadas sob fundamento de validade de Constituição anterior, não haverá necessidade de votação de novas leis, tendo em vista que, se uma determinada lei editada antes for compatível com a nova Constituição, será recepcionada por esta, possuindo, então, um novo fundamento de validade.

Caso as leis infra-constitucionais não sejam compatíveis com a nova Constituição, serão revogadas, visto a não existência de inconstitucionalidade superveniente. Assim, uma lei que não for recepcionada será revogada.

O fenômeno da recepção, então, é uma questão de compatibilidade, exclusivamente material, não havendo necessidade de compatibilidade no aspecto formal. Tomemos, como exemplo, a exclusão dos Decretos-lei pela CF/88. Todos os Decretos-lei que tiverem matéria compatível com as normas constitucionais continuaram vigentes (ex.: o CP e o CPP, que são Decretos-lei que ainda estão em vigor).

Existem duas espécies de sistema normativo: a *lei ordinária* e a *lei complementar*. Diferem-se na questão de matéria, pelo fato de que só caberá *lei complementar* nas matérias que o constituinte expressamente dispôs e na questão formal, pelo fato de que a *lei ordinária* será votada por maioria simples e a *lei complementar* por maioria absoluta.

Sendo matéria de lei complementar na Constituição antiga e matéria de lei ordinária na nova Constituição, haverá a recepção, entretanto, com a natureza que foi dada pela nova Constituição, ou seja, será recepcionada como lei ordinária. Um exemplo é a Lei Orgânica do MP.

No caso da Lei Orgânica do MP, a CF/69 reservava a matéria à lei complementar, sendo editada tal lei sob o n. 40/81 (Lei Orgânica do Ministério Público). Com a vinda da CF/88, a matéria não foi expressamente reservada à lei complementar, sendo, então, editada a Lei Ordinária n. 8.625/93. Assim, a LC n. 40/81 foi recepcionada pela CF/88 com natureza de lei ordinária, apesar de estar rotulada como *lei complementar*. Por este motivo a Lei n. 8.625/93 revogou a LC n. 40/81.

Sendo matéria de lei ordinária na Constituição antiga e de lei complementar na nova, haverá a recepção, também com a natureza que lhe foi dada pela nova Constituição, ou seja, será recepcionada como lei complementar. Um exemplo é o Código Tributário Nacional.

No caso do CTN, a CF/46 não reservava as normas gerais de matéria tributária à lei complementar. Com o advento da CF/67, esta reservou a matéria à lei complementar, sendo o CTN recepcionado pela CF/67, ganhando natureza de lei complementar.

Em matéria de recepção, a forma não tem nenhuma relevância, o que importa é a compatibilidade material. Havendo a compatibilidade material, a lei será recepcionada pela nova Constituição, ganhando ou perdendo a natureza de lei complementar.

4.2. Fenômeno da Repristinação

É o restabelecimento de vigência de uma lei revogada pela revogação da lei que a tinha revogado (ex.: lei B revoga lei A; advém a lei C, que revoga a lei B; o fato de a lei C ter revogado a lei B não restaura automaticamente a vigência da lei A).

A repristinação poderá ocorrer somente em casos que estejam expressos, não existindo a possibilidade de repristinação automática. Nem a CF poderá repristinar automaticamente uma lei.

4.3. Fenômeno da Desconstitucionalização

É a possibilidade de recepção pela nova ordem constitucional, como leis ordinárias em "processo de queda de hierarquia", de normas apenas formalmente constitucionais da Constituição anterior que não tenham sido repetidas ou contrariadas pela nova Constituição.

Não é utilizada pelo sistema jurídico brasileiro, tendo em vista que a Constituição nova ab-roga a anterior. Assim, se a Constituição nova dispusesse expressamente sobre a regra formalmente constitucional, não seria utilizada a desconstitucionalização.

1. CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUANTO À EFICÁCIA JURÍDICA

A doutrina clássica classificava as normas constitucionais em auto-executáveis e não auto-executáveis. Assim, algumas normas seriam aplicáveis e outras não. O Prof. José Afonso da Silva, ao contrário do que se dizia, afirmou que todas as normas constitucionais, sem exceção, são revestidas de eficácia jurídica, ou seja, de aptidão à produção de efeitos jurídicos, sendo assim todas aplicáveis, em maior ou menor grau.

Para se graduar essa eficácia dentro de categorias lógicas, foram propostas três classificações:

- norma constitucional de eficácia jurídica plena;
- norma constitucional de eficácia jurídica limitada;
- norma constitucional de eficácia jurídica contida.

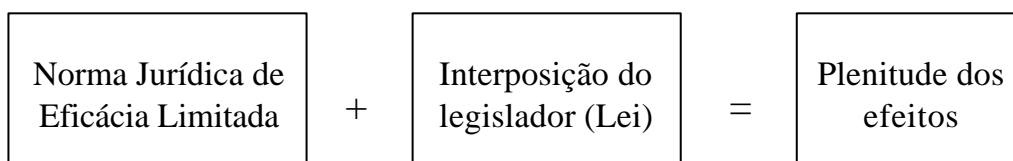
1.1. Norma Constitucional de Eficácia Jurídica Plena

É aquela que contém todos os elementos necessários para a pronta e integral aplicabilidade dos efeitos que dela se esperam. A norma é completa, não havendo necessidade de qualquer atuação do legislador (ex.: art. 1.º da CF/88).

1.2. Norma Constitucional de Eficácia Jurídica Limitada

É aquela que não contém todos os elementos necessários à sua integral aplicabilidade, porque ela depende da *interpositio legislatoris* (interposição do legislador).

A efetividade da norma constitucional está na dependência da edição de lei que a integre (lei integradora). Somente após a edição da lei, a norma constitucional produzirá todos os efeitos que se esperam dela (ex.: art. 7.º, XI, da CF/88).

Norma Jurídica de Eficácia Limitada	+	Interposição do legislador (Lei)	=	Plenitude dos efeitos

O constituinte, prevendo que o legislador poderia não criar lei para regulamentar a norma constitucional de eficácia limitada, criou mecanismos de defesa dessa norma:

- mandado de injunção;
- ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A norma constitucional de eficácia limitada divide-se em:

- *norma constitucional de eficácia jurídica limitada de princípio programático*: todas as programáticas são de eficácia limitada. São normas de organização que estabelecem um programa constitucional definido pelo legislador;

- *norma constitucional de eficácia jurídica limitada de princípio institutivo*.

1.3. Norma Constitucional de Eficácia Jurídica Contida (Redutível ou Restringível)

É uma norma de eficácia plena, que opera todos os efeitos desde sua entrada em vigor. O legislador, entretanto, está autorizado a reduzi-la. As normas que tiverem "cláusula expressa de redutibilidade" serão normas de eficácia contida.

Do ponto de vista lógico, a norma constitucional de eficácia jurídica contida estaria dentro da norma constitucional de eficácia jurídica plena.

Assim, temos:

Eficácia Plena	**Eficácia Limitada**	**Eficácia Contida**
Aplicabilidade imediata	Aplicabilidade mediata	Aplicabilidade imediata
Não existe lei que integre ou modifique a eficácia da norma.	Enquanto lei integradora não sobrevém, a norma não tem eficácia.	Enquanto a lei não sobrevém, a norma terá eficácia plena.

Observações importantes sobre o tema:

- As normas definidoras de direitos não têm caráter absoluto, ou seja, em alguns casos, orientadas pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, é permitido ao legislador criar exceções, ainda que a norma não tenha cláusula expressa de redutibilidade.

- A redutibilidade da norma não depende obrigatoriamente de cláusula expressa. Conclui-se, então, que não existe norma constitucional de

eficácia jurídica plena que seja absoluta. Por exemplo, o art. 5.º da CF/88 garante o direito à vida, entretanto esse direito foi reduzido quando o CP admitiu a existência da legítima defesa. Se a norma garantidora do direito à vida fosse absoluta, não poderia uma norma infraconstitucional restringir esse direito, permitindo a legítima defesa.

DIREITO CONSTITUCIONAL

1. PODER CONSTITUINTE

Os poderes "constituídos" da República são os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Se eles são constituídos, significa dizer que algo os constituiu, logo, existe um Poder maior que constituiu os poderes constituídos. É esse o poder constituinte.

O poder constituinte é aquele capaz de editar uma Constituição, dar forma ao Estado e constituir os Poderes . O titular desse poder é o povo. Haverá, entretanto, o exercente do poder, que será um órgão colegiado (assembléia constituinte) ou um grupo de pessoas que se invista desse poder (é o caso das constituições outorgadas).

Quando o constituinte originário exercita o poder de editar uma nova Constituição, ele tem consciência de que, ao passar dos anos, haverá necessidade de modificações nessa constituição. Então, vislumbrando essa hipótese, o exercente preverá quando, por quem e de que maneira poderão ser feitas essas modificações.

Esse poder de modificar a CF é um poder constituinte derivado que será exercido pelo Congresso Nacional por meio de reforma constitucional ou Emendas Constitucionais, sendo chamado de poder constituinte reformador.

Poder decorrente é o poder de que se acham investidos os Estados e Municípios. Os Municípios ganharam com a CF/88 a capacidade de auto-organização. Eles se regem e se organizam por meio das suas Leis Orgânicas

Municipais, devendo observância à CF/88 e às Constituições Estaduais (art. 11, par. ún., do ADCT).

Segundo alguns doutrinadores, quando o Município edita sua Lei Orgânica, esta se torna uma espécie de Constituição e, portanto, é também um poder decorrente. Para outros doutrinadores, o poder decorrente será somente dos Estados.

O poder constituinte originário tem três características: inicialidade, autonomia e incondicionalidade. O poder constituinte originário é inicial, tendo em vista não se fundamentar em nenhum outro; é autônomo, visto que não se submete a limitações de natureza material; e é incondicional, visto que delibera da forma que lhe aprouver, não estando submetido a condicionamentos formais.

Embora seja autônomo, o poder constituinte originário está, no entanto, limitado ao Direito Natural (limites transcendentais). Assim, a autonomia do poder constituinte ordinário não significa que ele seja ilimitado. Os positivistas chamam essa categoria de poder de soberano, visto que o poder constituinte originário não se submete a nenhum limite do Direito Positivo.

O poder constituinte reformador também tem três características: é derivado, visto que deriva do poder inicial; é subordinado, visto ser sujeito a limitações de natureza material, chamadas de "cláusulas pétreas"; e é condicionado, tendo em vista que se submete a condicionamentos formais.

2. PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL (ART. 60 DA CF)

Quando o constituinte originário estabeleceu que o exercente do poder reformador seria o Congresso Nacional e que a maneira que seria feita essa reforma seria por meio de EC, ele acabou por colocar limites à reforma constitucional. Se houver a violação dos limites estabelecidos, a EC poderá ser inconstitucional.

2.1. Limites da Emenda Constitucional

Os limites podem ser procedimentais, circunstanciais, temporais ou materiais.

a) Procedimentais

- Iniciativa (art. 60, *caput*): só têm o poder de iniciativa os deputados, senadores e outros que a CF aponta. A iniciativa para os membros do Congresso Nacional é necessariamente coletiva, ou seja, para que uma proposta de EC, apresentada pelos congressistas, possa tramitar, deverá haver, no mínimo, assinatura de $^{1}/_{3}$ dos congressistas. Não poderá haver iniciativa parlamentar individual. A única iniciativa individual será a do Presidente da República. As Assembléias Legislativas das unidades da federação poderão apresentar um projeto de EC se houver a adesão de, no mínimo, mais da metade delas (art. 60, inc. III, da CF).

- Votação (art. 60, § 2.º): a proposta, para ser aprovada na Câmara, deverá ser apreciada e votada em 2 turnos. Só será aprovada se obtiver $^{3}/_{5}$ dos votos, o que significa que, para se aprovar a proposta de EC, são necessários 308 votos a favor. Após essa aprovação, deverá ser aprovada no Senado da mesma forma.

- Promulgação (art. 60, § 3.º): a promulgação será feita pelas mesas da Câmara e do Senado. Aprovada a EC pelo Congresso, não irá para a aprovação do Presidente da República.

b) Circunstanciais

Durante a vigência de intervenção federal, estado de defesa ou de sítio, o poder de reforma não poderá ser exercido. Essa limitação é chamada pela doutrina de limitação circunstancial, visto que é uma circunstância que limita o exercício do poder de reforma.

Se a norma constitucional decorrente do poder de reforma sobrevém durante a intervenção federal ou estado de sítio ou de defesa, essa norma será inconstitucional.

c) Temporais

Na Constituição de 1824, o poder de reforma foi criado, entretanto ficou limitado seu exercício durante um período de 4 anos, ou seja, o poder de reforma somente poderia ser exercido após 4 anos da vigência daquela Constituição. Na CF/88 não houve limitação temporal dessa forma.

Alguns doutrinadores entendem que existe uma limitação temporal no § 5.º, que dispõe que "a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa". Existe, entretanto, uma grande discussão sobre esse assunto.

d) Materiais

As limitações explícitas estão expressamente dispostas no § 4.º do art. 60 (cláusulas pétreas). Existem, entretanto, limitações que não estão dispostas nesse parágrafo, são essas as limitações implícitas.

As limitações implícitas são:

- *Titular do poder constituinte originário (art. 1.º)*: o titular do poder originário não pode ser modificado pelo poder de reforma.
- *Exercente do poder de reforma*: não poderá haver delegação do poder de reforma. O Congresso Nacional não poderá delegar o poder de reforma a outro órgão.
- *Processo de EC*: não poderá ser modificado o processo de EC. Alguns autores entendem, entretanto, que o processo de EC poderá ser modificado para torná-lo mais rígido.
- *Supressão da própria cláusula*: impossibilidade de que se suprima a própria cláusula do § 4.º do art. 60.

O § 4.º do art. 60 dispõe que:

"Não será objeto de deliberação uma proposta de emenda tendente a abolir:

I– a forma federativa de Estado;

II– voto direto, secreto, universal e periódico;

III– a separação dos Poderes;

IV– os direitos e garantias individuais".

Assim, a vedação atinge a pretensão de modificar qualquer "elemento conceitual" (ex.: a autonomia dos Estados-membros é elemento conceitual do Estado Federal).

Inc. I: dispõe que o Estado Federal é imutável. Muitos doutrinadores entendem que há uma limitação implícita quanto à modificação da forma do governo e do regime de governo, tendo em vista o resultado do plebiscito de 1993.

Inc. II: dispõe que o voto direto, secreto, universal e periódico é imutável.

O art. 14, § 1.º, I, dispõe sobre a obrigatoriedade do voto. Essa obrigatoriedade, entretanto, não é limitação material e pode ser objeto de Emenda.

- *Voto direto*: o eleito escolherá, ele próprio, os seus mandatários, ou seja, os eleitores escolhem diretamente os seus mandatários sem que se interponha um Colégio Eleitoral.

- *Voto secreto*: é a garantia de que o voto pode ser expressado livremente.
- *Voto universal*: é universal se ele se estende a todas as pessoas. Os condicionamentos impostos por força do amadurecimento das pessoas não tiram o caráter universal do voto.
- *Voto periódico*: significa que os mandatos políticos são provisórios. A periodicidade do voto pressupõe que os mandatos são temporários.

Inc. III: Dispõe sobre o princípio da separação de poderes. O Poder, embora seja único, repartiu-se em três e não pode ser abolido, ou seja, não poderá ser criado um novo Poder ou restringido um já existente.

Inc. IV: Não se podem suprimir os direitos e garantias individuais. Os direitos e garantias individuais estão claramente mencionados como cláusula pétrea. Se o constituinte quisesse que todos os direitos fossem intangíveis, ele não teria se referido aos direitos e garantias individuais e sim aos direitos e garantias fundamentais, que é o gênero.

Não fazem parte da cláusula pétrea, portanto, aqueles direitos que não foram incluídos no inc. IV, quais sejam, os direitos sociais e os direitos políticos que não são alcançados pelo inc. II. Há, entretanto, discussão em contrário.

Os direitos individuais mencionados na cláusula pétrea (art. 60, § 4.º , IV) não se resumem no rol do art. 5.º da CF/88.

Quanto aos direitos sociais, alguns entendem que podem ser suprimidos por meio do princípio do *inclusio unius*. Outros entendem, porém, que não podem ser suprimidos, visto que, se o Supremo entendeu que o direito do art.

150, III, “b”, da CF/88, que não está incluído nos direitos e garantias fundamentais, é cláusula pétrea, não há que se falar em supressão de direitos sociais.

Quanto à pena de morte, só poderá ser imposta em caso de guerra declarada, estado de beligerância. Existe uma série de crimes previstos no Código Militar que são apenados com pena de morte, sendo executada por fuzilamento, de acordo com o expresso no Código de Processo Militar. Uma ampliação à exceção por Emenda Constitucional seria tendente a abolir o direito à vida. Então, a posição majoritária entende que não será possível modificação por EC.

Hoje, estão vigentes e eficazes trinta e uma ECs, mais seis ECs de Revisão.

A Constituição trouxe, no art. 3.º do ADCT, uma disposição de revisão constitucional após cinco anos da promulgação da Constituição, por voto da maioria absoluta em sessão unicameral. Houve uma flexibilização da revisão constitucional.

O art. 3.º não pode, entretanto, ser interpretado sozinho, devendo ser interpretado conjuntamente com o art. 2.º, que previa o plebiscito para alterar a forma e o regime de governo. Desse modo, em início, a regra do art. 3.º estaria condicionada ao resultado do plebiscito e só haveria a revisão se fosse modificada a forma ou o regime de governo.

No dia 5.10.1993 foi instalada, porém, a revisão constitucional e o STF entendeu que sua instalação não estaria condicionada ao resultado do plebiscito, sendo promulgadas, nessa ocasião, seis ECs Revisionais.

A EC Revisional, no entanto, estava submissa à cláusula pétrea do art. 60, § 4.º, da CF/88, não podendo, validamente, suprimir direitos individuais,

forma federativa de Estado, voto direto, secreto, universal e periódico ou a separação dos Poderes.

CURSO DO PROF. DAMÁSIO A DISTÂNCIA

MÓDULO V

DIREITO CONSTITUCIONAL

1. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS (ARTS. 5.º A 17 DA CF/88)

1.1. Conteúdo

1.1.1. Direitos individuais

Prerrogativas que o indivíduo opõe ao Estado.

1.1.2. Direitos coletivos

Direitos supraindividuais ou metaindividuais que pertencem a vários titulares que se vinculam juridicamente (ex.: condôminos, sindicalistas etc.).

1.1.3. Direitos difusos

São direitos individuais, no entanto seus titulares não têm uma vinculação jurídica que permita identificá-los (ex.: usuários de uma praia, consumidores etc.).

1.1.4. Direitos sociais

Decorrem do fato de o indivíduo estar inserido em uma sociedade estatal (ex.: direito à saúde, educação etc.).

1.1.5. Direito de nacionalidade

Direito que tem o indivíduo de manter um vínculo jurídico com o Estado, de pertencer ao povo de um Estado e, em conseqüência disso, receber proteção do Estado.

1.1.6 .Direito de cidadania

Prerrogativa que tem o indivíduo de participar da tomada de decisão política dentro do Estado (ex.: direito de votar, de participar de plebiscito, de ingressar com uma ação popular etc.).

1.1.7. Direito de organizar e participar de partido político

Tem o objetivo de ascender ao poder, ou seja, de impor à sociedade a sua forma de administrar o Estado.

São esses os Direitos Fundamentais expressos na CF. Admitem-se além deles, no entanto, outros não escritos formalmente, mas que decorrem dos princípios adotados pela CF (art. 5.º, § 2.º).

O STF acolhe a tese segundo a qual as Convenções e Tratados Internacionais têm força jurídica de norma infraconstitucional, força de Lei Ordinária. Todas as Convenções e Tratados Internacionais estão subordinados à CF.

Direitos: prerrogativas que as normas consagram.

Garantias: procedimento judicial específico, cuja finalidade é dar uma proteção eficiente aos direitos fundamentais. Alguns doutrinadores chamam as garantias de "remédios constitucionais". São eles:

- *habeas corpus*: tem por objetivo proteger a liberdade de locomoção;
- *habeas data*: visa garantir ao impetrante o acesso aos dados existentes sobre sua pessoa em bancos de dados públicos ou particulares de caráter público;
- *mandado de segurança*: tem a finalidade de fazer cessar lesão ou ameaça de lesão ao direito individual ou coletivo líquido e certo, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder;
- *mandado de injunção*: tem como finalidade garantir o exercício de direito previsto em norma constitucional de eficácia limitada ainda não regulamentada;
- *ação popular:* é um instrumento de democracia direta por meio do qual o cidadão exerce a fiscalização do patrimônio público para impedir que ele seja lesado por ato de autoridade.

1.2. Destinatário

Os direitos e garantias previstos no art. 5.º da CF têm como destinatários as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, públicas ou privadas ou mesmo entes despersonalizados nacionais (massa falida, espólio etc.), estrangeiros residentes ou estrangeiros de passagem pelo território nacional.

1.3. Aplicabilidade e Intervenção

São dois os princípios que devem ser observados quando se trata da interpretação das normas constitucionais de direitos e garantias fundamentais:

- elas devem ser interpretadas de forma ampla, extensiva, para abranger o maior número possível de sujeitos e de situações;
- as normas excepcionadoras de direitos e garantias devem ser interpretadas restritivamente.

Quanto à aplicabilidade, na prática, somente as normas de direitos e garantias que não dependem de classificação anterior (normas de eficácia plena) têm aplicação imediata.

1.4. Suspensão (Art. 136, § 1.º, e Arts. 138 e 139)

No Brasil, são previstas duas exceções ao Estado Democrático Brasileiro: durante o Estado de Defesa ou o Estado de Sítio, suspendendo os direitos e garantias fundamentais por tempo determinado.

1.4.1. Estado de defesa

Sempre que houver instabilidade das instituições democráticas ou calamidade pública. Os direitos que podem ser suspensos são aqueles previstos no art. 136, § 1.º, I e II, da CF/88. Para a decretação do Estado de Defesa, o Presidente da República não precisa de autorização prévia do Congresso Nacional.

1.4.2. Estado de sítio

Pode ser decretado em duas situações, previstas no art. 137, I e II, da CF/88:

- se o Estado de Defesa se mostrou ineficaz para resolver o problema. Os direitos que podem ser excepcionados, nesse caso, estão previstos no art. 139 da CF/88;
- no caso de guerra externa. Todos os direitos estão sujeitos à restrição, inclusive o direito à vida (ex.: em caso de guerra externa, pode-se aplicar pena de morte).

1.5. Limitação Material ao Poder de Reforma (Art. 60, § 4.º)

O art. 60, em seu § 4.º, coloca limites para a reforma da CF. Existem algumas matérias que não podem ser sujeitas à modificação por emenda. Somente o constituinte originário poderia modificar essas cláusulas, chamadas *Cláusulas Pétreas*.

Não estão sujeitos à emenda os direitos e garantias individuais previstos no *caput* do art. 5.º, quais sejam, direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O mais importante é o direito à vida, pois este é condição *sine qua non* para que sejam assegurados os outros direitos

2. DIREITO À VIDA

2.1. Direito de Não Ser Morto

2.1.1. Proibição da pena de morte (art. 5.º, XLVII, “a”)

A CF assegura o direito de não ser morto quando proíbe a pena de morte. A aplicação da pena de morte só é permitida em caso de guerra externa declarada.

Não é possível a introdução da pena de morte por EC, visto que o direito à vida é direito individual e o art. 60, § 4.º, dispõe que os direitos individuais não poderão ser modificados por emenda (cláusula pétrea, imutável).

Também não seria possível um plebiscito para a introdução da pena de morte, tendo em vista que a própria CF estabelece suas formas de alteração e o plebiscito não está incluído nessas formas. A única maneira de se introduzir a pena de morte no Brasil seria a confecção de uma nova Constituição pelo poder originário.

2.1.2. Proibição do aborto

O legislador infraconstitucional pode criar o crime de aborto ou descaracterizá-lo, tendo em vista que a CF não se referiu ao aborto expressamente, simplesmente garantiu a vida. Assim, o CP, na parte que trata do aborto, foi recepcionado pela CF/88.

O CP prevê o aborto legal em caso de estupro e em caso de risco de morte da mãe. A jurisprudência admite, no entanto, o aborto eugênico baseado no direito à vida da mãe, visto que nesse caso existe risco de integridade física e psicológica desta. Aborto eugênico é aquele concedido mediante autorização judicial nas hipóteses de comprovação científica de impossibilidade de sobrevivência extra-uterina (essa posição não é pacífica).

Para que o aborto seja legalizado no Brasil, basta somente a vontade do

legislador infraconstitucional, tendo em vista que a CF não proibiu nem permitiu esse procedimento.

2.1.3. Proibição da eutanásia

O médico que praticar a eutanásia, ainda que com autorização do paciente ou da família, estará cometendo crime de homicídio. A eutanásia se configura quando um médico tira a vida de alguém que teria condições de vida autônoma. No caso de desligar os aparelhos de pessoa que só sobreviveria por meio deles, não configura a eutanásia.

2.1.4. Garantia da legítima defesa

O direito de a pessoa não ser morta legitima que se tire a vida de outra pessoa que atentar contra a sua própria.

3. DIREITO A CONDIÇÕES MÍNIMAS DE SOBREVIVÊNCIA

3.1. Salário Mínimo (Art. 7.º, IV)

A CF fixou um salário mínimo para que as pessoas tenham o mínimo para a sobrevivência.

3.2. Irredutibilidade do Salário (art. 7.º, VI)

Garante que o valor mínimo seja mantido. É necessário, então, que o

salário mínimo tenha reajustes periódicos para que tenha mantido seu valor real.

3.3. Saúde, Previdência e Educação

A saúde é necessária para que não se coloque em risco a vida das pessoas. O Estado tem o dever de garantir a saúde dos indivíduos. A saúde é decorrência do direito à vida.

4. DIREITO A TRATAMENTO DIGNO POR PARTE DO ESTADO

Não se permite, como conseqüência da prática de delito, penalidades além daquelas previstas em lei. Todas as pessoas terão direito a um tratamento digno por parte do Estado, ou seja, têm o direito à conservação de sua integridade física e moral, proibindo-se, ainda, a tortura, penas cruéis e degradantes (art. 1.º, III, e art. 5.º, III, XLIII e XLIX, ambos da CF/88).

5. DIREITO À LIBERDADE

5.1. Liberdade de Pensamento (art. 5.º, IV e V)

É importante que o Estado assegure a liberdade das pessoas de manifestarem o seu pensamento. Foi vedado o anonimato para que a pessoa assuma aquilo que está manifestando caso haja danos materiais, morais ou à

imagem. O limite na manifestação do pensamento se encontra no respeito à imagem e à moral das outras pessoas.

Caso ocorram danos, o ofendido poderá se valer de dois direitos:

- indenização por dano material, moral ou à imagem ("São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato" – Súmula n. 37 do STJ);

- direito de resposta, que é o direito a ter idêntica oportunidade para se defender, desde que seja proporcional ao agravo e que seja realmente usado para defesa e não para ataque ao ofensor. Se o direito de resposta for negado pelo veículo de comunicação, caberá medida judicial.

5.2. Liberdade de Consciência, de Crença e de Culto (art. 5.º, VI, VII e VIII)

A liberdade de consciência refere-se à visão que o indivíduo tem do mundo, ou seja, são as tendências ideológicas, filosóficas, políticas etc. de cada indivíduo.

A liberdade de crença tem um significado de cunho religioso, ou seja, as pessoas têm a liberdade de cultuar o que elas acreditam. A CF proíbe qualquer distinção ou privilégio entre as igrejas e o Estado. O que se prevê é que o Estado poderá prestar auxílio a qualquer igreja quando se tratar de assistência à saúde, à educação etc.

Seja qual for a crença, o indivíduo tem direito a praticar o culto. A CF/88 assegura, também, imunidade tributária aos templos quando se tratar de qualquer valor auferido em razão de realização do culto.

Ainda, a CF assegura o atendimento religioso às pessoas que se encontrem em estabelecimentos de internação coletiva, como manicômios, cadeias, quartéis militares etc.

5.3. Liberdade de Atividade Intelectual, Artística, Científica e de Comunicação (art. 5.º, IX)

A CF estabelece que a expressão das atividades intelectual, artística, científica e de comunicação é livre, não se admitindo a censura prévia. É uma liberdade, no entanto, com responsabilidade, ou seja, se houver algum dano moral ou material a outrem, haverá responsabilidade por indenização.

O direito do prejudicado se limita à indenização por danos, não se podendo proibir a circulação da obra. Apesar de não haver previsão na CF/88 quanto à proibição de circulação de obras, o Judiciário está concedendo liminares, fundamentando-se no fato de que deve haver uma prevenção para que não ocorra o prejuízo e não somente a indenização por isso.

Os meios de comunicação são públicos, sendo concedidos a terceiros. Caso a emissora apresente programas que atinjam o bem público, ela poderá sofrer sanções, inclusive a não renovação da concessão.

5.4. Liberdade de Trabalho, Ofício ou Profissão (art. 5.º, XIII)

É assegurada a liberdade de escolher qual a atividade que se exercerá. Essa é uma norma de eficácia contida porque tem uma aplicabilidade imediata, no entanto traz a possibilidade de ter o seu campo de incidência contido por meio de requisitos exigidos por lei.

A lei exige que certos requisitos de capacitação técnica sejam preenchidos para que se possa exercer a profissão (ex.: o advogado deve ser bacharel em Direito e obter a carteira da OAB por meio de um exame; o engenheiro deve ter curso superior de engenharia etc.).

5.5. Liberdade de Locomoção (art. 5.º, XV)

É a liberdade física de ir, vir, ficar ou permanecer. Essa liberdade é considerada pela CF como a mais fundamental, visto que é requisito essencial para que se exerça o direito das demais liberdades.

Todas as garantias penais e processuais penais previstas no art. 5.º são normas que tratam da proteção da liberdade de locomoção. Por exemplo, o *habeas corpus* é voltado especificamente para a liberdade de locomoção.

Essa norma também é de eficácia contida, principalmente no que diz respeito à liberdade de sair, entrar e permanecer em território nacional. A lei pode estabelecer exigências para sair, entrar ou permanecer no país, visando a proteção da soberania nacional.

5.6. Liberdade de Reunião (art. 5.º, XVI)

É a permissão constitucional para um agrupamento transitório de pessoas com o objetivo de trocar idéias para o alcance de um fim comum.

O direito de reunião pode ser analisado sob dois enfoques: de um lado a liberdade de se reunir para decidir um interesse comum e de outro lado a liberdade de não se reunir, ou seja, ninguém poderá ser obrigado a reunir-se.

Para a caracterização desse direito, devem ser observados alguns requisitos a fim de que não se confunda com o direito de associação. São eles:

5.6.1. Pluralidade de participantes

Trata-se de uma ação coletiva, ou seja, deve haver várias pessoas para que possa haver uma reunião. A diferença é que, na reunião, não existe um vínculo jurídico entre as pessoas reunidas, diferentemente da associação, em que as pessoas estão vinculadas juridicamente.

5.6.2. Tempo

A reunião tem duração limitada, enquanto na associação, a duração é ilimitada.

5.6.3. Finalidade

A reunião pressupõe uma organização com o propósito determinado de atingir um certo fim. É a finalidade que vai distinguir a reunião do agrupamento de pessoas. Essa finalidade deve ter determinadas características, ou seja, a reunião deve ter uma finalidade lícita, pacífica e não deve haver armamento.

5.6.4. Lugar

Deve ser predeterminado para a realização da reunião.

Não é necessária a autorização prévia para que se realize a reunião, no entanto, o Poder Público deve ser avisado com antecedência para que não se permita que haja reunião de grupos rivais em mesmo local e horário. O objetivo do aviso ao Poder Público também é garantir que o direito de reunião possa ser exercitado com segurança.

O direito de reunião tem algumas restrições, quais sejam:

- não pode ser uma reunião que tenha por objetivo fins ilícitos;
- não pode haver reunião que não seja pacífica e não deve haver utilização de armas (art. 5.º, XLIV). A presença de pessoas armadas em uma reunião não significa, no entanto, que a reunião deva ser dissolvida. Nesse caso, a polícia deve agir no sentido de desarmar a pessoa, mas sem dissolver a reunião. Em caso de passeata, não poderá haver nenhuma restrição quanto ao lugar em que ela será realizada;
- durante o Estado de Defesa (art. 136, § 1.º, I, "a") e o Estado de Sítio (art. 139, IV), poderá ser restringido o direito de reunião.

5.7. Liberdade de Associação (art. 5.º, XVII a XXI)

Normalmente, a liberdade de associação se manifesta por meio de uma reunião. Logo, existe uma relação muito estreita entre a liberdade de reunião e a liberdade de associação. A reunião é importante para que se exerça a associação, visto que normalmente a associação começa com uma reunião.

É o direito de coligação voluntária de algumas ou muitas pessoas físicas, por tempo indeterminado, com o objetivo de atingir um fim lícito sob direção unificante.

A associação, assim como a reunião, é uma união de pessoas. Distingue-se desta por ter tempo indeterminado, visto que o objetivo que se quer alcançar não poderá ser atingido em um único momento, enquanto na reunião, o objetivo se exaure em tempo determinado.

Os elementos da associação são três:

- *base contratual*: a associação se funda num acordo de vontades, ou seja, as pessoas pactuam que se unirão para atingir um determinado fim;
- *permanência*: as pessoas se unem para agir em tempo indeterminado, ou seja, é uma ação contínua para atingir um objetivo;
- *fim lícito*: a finalidade da associação deve ser, obrigatoriamente, lícita.

A ordem jurídica brasileira prevê vários tipos de associação, quais sejam:

- *stricto sensu*: agrupamento de pessoas sem fins lucrativos;
- *sociedades*: associações que possuem fins lucrativos;
- *partidos políticos*: associação que é característica, visto ser regulada constitucionalmente (art. 17, CF/88). Toda disciplina jurídica do partido político está disposta na CF/88;
- *associação profissional* e *sindicatos*: também têm características próprias.

Os sindicatos estão disciplinados no art. 8.º da CF/88.

Cooperativas: associação de atividades profissionais. Estão disciplinadas no art. 174, §§ 2.º ao 4.º, da CF/88.

São quatro os direitos decorrentes da associação: de criar associações; de aderir a qualquer associação; de desligar-se da associação; de dissolução espontânea da associação.

5.7.1. Direito de criar associações

Qualquer pessoa poderá criar uma associação. Basta que as pessoas se reúnam em assembléia, façam as bases contratuais e registrem em cartório para que a associação esteja criada.

5.7.2. Direito de aderir a qualquer associação

Qualquer pessoa poderá se filiar a qualquer associação em que tiver interesse.

5.7.3. Direito de desligar-se da associação

5.7.4. Direito de dissolução espontânea da associação

Como regra, a associação só será dissolvida quando os associados dispuserem entre si. Há hipóteses, no entanto, em que a associação poderá ser dissolvida compulsoriamente ou ter seu funcionamento suspenso. A associação pode ser suspensa por provimento cautelar e só poderá ser dissolvida por decisão judicial transitada em julgado. Será dissolvida ou suspensa quando fugir de sua finalidade principal e passar a praticar atos ilícitos.

A criação de uma associação enfrenta duas restrições:

- não poderá ser criada associação para fins ilícitos;
- não poderá ser criada associação paramilitar (grupos armados).

A CF/88 prestigiou a representação judicial para as associações, ou seja, as associações podem representar seus associados judicialmente ou extra-judicialmente para a defesa dos interesses dos filiados.

A representação judicial é estabelecida pela CF/88 da seguinte forma:

- é necessário que a associação esteja regularmente constituída e funcionando por, no mínimo, um ano. Há casos, entretanto, em que a jurisprudência admite a propositura de associação que não esteja funcionando por um ano. Os partidos políticos e os sindicatos não têm a exigência de funcionamento de no mínimo um ano;
- é necessário que o ato constitutivo da associação preveja, entre os seus objetivos, a representação judicial dos seus filiados. Como regra, essa autorização é suficiente para a representação judicial, no entanto os Tribunais Federais entendem que, se as ações versarem sobre direitos individuais homogêneos, deverá existir uma autorização específica.

A associação como pessoa jurídica poderá defender seus próprios interesses por meio de ações individuais. Existem duas ações específicas como instrumento de ação das associações:

- mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXX, CF/88);

- mandado de injunção coletivo (jurisprudência do STF e do STJ).

6. DIREITO À SEGURANÇA

A CF, no *caput* do art. 5.º, quando fala de segurança, está se referindo à segurança jurídica. Refere-se à segurança de que as agressões a um direito não ocorrerão e, se ocorrerem, existirá uma eventual reparação pelo dano que a pessoa tenha. O Estado deve atuar no sentido de preservar as prerrogativas dispostas nas normas jurídicas.

6.1. Acesso ao Poder Judiciário (art. 5.º, XXXV)

A competência para dar a segurança jurídica é do Poder Judiciário. É por meio do acesso ao Poder Judiciário que as pessoas conseguem a segurança jurídica.

6.1.1. Lesão e ameaça ao direito

Diante de uma agressão ou de ameaça de agressão a um direito, a pessoa poderá ir ao Poder Judiciário e assegurá-lo. Para que o Judiciário tenha o dever de conceder a segurança jurídica, não é necessário comprovar a efetiva lesão, ou seja, pode-se, preventivamente, buscar essa segurança para impossibilitar a lesão ao direito.

Esse acesso tem uma exceção no art. 217, § 3.º, da CF/88, que prevê que, em casos relativos aos esportes, deve antes haver uma decisão da Justiça

Desportiva para que se possa recorrer ao Judiciário. Também na lei que regulamenta o *habeas data*, existe a disposição de que se devem esgotar todos os meios administrativos para que se possa, então, recorrer ao Judiciário.

6.1.2. Direito à petição (art. 5.º, XXXIV, "a")

O inc. XXXIV do art. 5.º da CF estabelece que, independentemente do pagamento de taxas, a todos são assegurados:

O direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder. Pode a petição ser dirigida a qualquer autoridade do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário e a autoridade a quem é dirigida deve apreciá-la, motivadamente, mesmo que apenas para rejeitá-la, pois o silêncio pode caracterizar o abuso de autoridade por omissão.

O direito de petição, classificado como direito de participação política, pode ser exercido por pessoa física ou jurídica e não precisa observar forma rígida. Não se exige interesse processual, pois a manifestação está fundada no interesse geral de cumprimento da ordem jurídica.

O direito de petição não se confunde como direito de ação, já que, por este último, busca-se uma tutela de índole jurisdicional e não administrativa.

6.1.3. Assistência jurídica (art. 5.º, LXXIV)

Para se pedir em juízo, a CF/88 exige que o pedido seja formulado por um advogado. Às vezes, também é necessária a produção de provas. Para garantir que aqueles que não possuem condições financeiras possam ter acesso

ao Poder Judiciário, portanto, o Estado tomou para si o dever de fornecer a assistência jurídica.

6.2. Devido Processo Legal (art. 5.º, LIV)

A prestação jurisdicional deve respeitar o devido processo legal. Quando se trata dessa questão, observa-se um duplo acesso. Por um lado, dispõe que o Estado, sempre que for impor qualquer tipo de restrição ao patrimônio ou à liberdade de alguém, deverá seguir a lei. Por outro lado, significa que todos têm direito à jurisdição prestada nos termos da lei, ou seja, a prestação jurisdicional deve seguir o que está previsto em lei. O respeito à forma é uma maneira de garantir a segurança.

6.2.1. Juiz natural (art. 5.º, LIII)

A decisão de um caso concreto deve ser feita pelo Juiz natural que é o Juiz ou o Tribunal investido de poder pela lei para dizer o direito no caso concreto, ou seja, é o Juiz ou Tribunal que tem a competência, previamente expressa, para julgar determinado caso concreto.

Discute-se, hoje, a existência ou não do princípio do Promotor Natural, que seria extraído da locução *processar* prevista no inc. LIII do art. 5.º da CF.

Conforme leciona Nelson Nery Jr.(*Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.* 5.ª ed. RT. p. 90): "No âmbito interno do Ministério Público, o princípio do Promotor Natural incide para restringir os poderes do Procurador-Geral de Justiça de efetuar substituições, designações e delegações, que devem circunscrever-se aos casos taxativamente enumerados na lei, sendo

vedado ao chefe do *parquet*, em qualquer hipótese, a avocação do caso afeto ao Promotor Natural".

6.2.2. Vedação a Juízes e Tribunais de exceção (art. 5.º, XXXVII)

A nossa ordem jurídica não admite que sejam criados Tribunais ou designados Juízes especialmente para decidir um caso concreto (Juízes ou Tribunais de exceção). Qualquer tipo de Tribunal de exceção significa um atentado à imparcialidade da Justiça, comprometendo a segurança jurídica.

6.2.3. Contraditório e ampla defesa (art. 5.º, LV)

Deve-se respeitar o contraditório e a ampla defesa como requisitos para que o devido processo legal seja respeitado. O contraditório é a possibilidade que deve ser assegurada, a quem sofrer uma imputação em juízo, de contraditar essa imputação, ou seja, de apresentar a sua versão dos fatos. A ampla defesa significa que as partes devem ter a possibilidade de produzir todas as provas que entendam necessárias ao esclarecimento dos fatos e ao convencimento do Juiz. Excepcionam-se apenas as provas obtidas por meio ilícito.

Há também a garantia do duplo grau de jurisdição, ou seja, a pessoa vencida e inconformada com a decisão tem o direito a uma revisão dessa decisão, que será sempre feita por um juízo colegiado.

6.2.4. Isonomia

Deve haver um tratamento isonômico. A isonomia entre as partes decorre de um princípio disposto na CF/88. Todos os órgãos públicos deverão dar tratamento isonômico para as partes (p. ex.: se o Juiz dá o direito a uma das partes de apresentar uma outra prova, ele deverá, obrigatoriamente, dar o mesmo direito à outra parte).

6.2.5. Motivação das decisões (art. 93, IX)

Toda a decisão judicial deverá ser motivada, visto que uma decisão sem motivação desobedece ao devido processo legal e será considerada inválida.

6.2.6. Publicidade

O Juiz deve dar publicidade de todas as decisões que ele proferir e todos os atos serão públicos.

6.3. Segurança em Matéria Penal

Quando se trata de segurança em matéria penal, a CF/88 tomou mais cuidado, tendo em vista a competência punitiva do Estado. Essa competência punitiva tem, entretanto, limites, visto que a aplicação da pena vai restringir a liberdade física de locomoção e que os demais direitos têm ligação estreita com o direito à liberdade de locomoção.

A pena somente poderá ser aplicada se estiver prevista anteriormente em lei e na forma prevista em lei, seguindo um procedimento específico também

previsto em lei. A aplicação da pena, portanto, está vinculada à disposição legal.

6.3.1. Princípios processuais gerais

Os princípios processuais gerais estão presentes na matéria penal, ou seja, deverão sempre ser aplicados.

6.3.2. Princípio da estrita legalidade penal (art. 5.º, XXXIX)

A CF/88 dispõe sobre o princípio genérico da legalidade. Em determinados campos, entretanto, a CF/88 tem o cuidado de reforçá-lo, aplicando-o especificamente a cada área. Esse é, então, o princípio da estrita legalidade.

Para que o comportamento seja punido pelo Estado, se o crime estiver descrito em lei e se essa lei for anterior ao comportamento ilícito, somente poderá ser aplicada a pena que a lei estabelecer.

6.3.3. Princípio da irretroatividade (exceção, art. 5.º, XL)

Há um reforço nessa idéia quando se trata de matéria penal. O próprio Direito Penal, entretanto, excepciona esse princípio, ou seja, há a possibilidade de retroatividade da lei no tempo para beneficiar o réu.

6.3.4. Demais garantias em matéria penal

Existem algumas outras garantias previstas na CF/88, quais sejam:

- *princípio da incomunicabilidade da pena*: a pena não pode passar da pessoa do criminoso. A CF/88 prevê somente uma hipótese de comunicabilidade da pena, que é o caso de indenização, quando os sucessores respondem por ela até o quinhão da herança (inc. XLV);

- *garantia de que determinado tipo de pena não será aplicada*: há limitação à própria atividade do Estado. Existem penas que o legislador não poderá cominar, quais sejam: pena de morte, pena de caráter perpétuo, pena de trabalho forçado, pena de banimento e penas cruéis. A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, assegurando a divisão por sexo, idade e gravidade do delito;

- *princípio do Juiz natural*: ninguém poderá ser sentenciado nem preso senão pela autoridade competente;

- *princípio da presunção de inocência*: todos são inocentes até que se prove o contrário. Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença;

- somente poderá ser preso aquele que for pego em flagrante ou tiver ordem escrita fundamentada pela autoridade judiciária competente.

6.3.5. Responsabilidade por desrespeito à segurança em matéria penal

- Do Estado (art. 5.º, LXXV): a CF/88 estabelece a responsabilidade do Estado por erro judiciário e se a pessoa ficar detida por tempo

superior àquele estabelecido na pena. Trata da responsabilidade objetiva do Estado nos termos do art. 37, § 6.º, da CF/88.

- Do Juiz (art. 133 do CPC e art. 630 do CPP): o Juiz poderá ser responsabilizado pelos prejuízos que vier a causar, entretanto é uma responsabilidade subjetiva, ou seja, deve-se comprovar dolo ou fraude de sua parte.

O § 2.º do art. 5.º é expresso ao dizer que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (...)", ou seja, os direitos expressos na CF/88 não se restringem àqueles dispostos no art. 5.º. Assim, pode-se dizer que o rol do art. 5.º é meramente exemplificativo. Esse entendimento é o do STF, pela ADIn n. 939-7/DF, que analisava se o art. 2.º, § 2.º da EC n. 3/93 era ou não constitucional.

A EC n. 3/93 criou o IPMF e esse tributo poderia ser cobrado e exigido no momento da publicação, não havendo a necessidade da observância do art. 150, III, "b", da CF/88. A emenda foi julgada inconstitucional, tendo em vista que o art. 150 é direito e garantia individual. Com essa manifestação, consolidou o entendimento de que os direitos e garantias não estão taxativamente dispostos no art. 5.º da CF/88, podendo ser encontrados em todo o texto constitucional.

O STF, o STJ e grande parte da jurisprudência e da doutrina entendem que os tratados internacionais ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como norma infraconstitucional (§ 2.º do art. 5.º da CF/88), fundamentando-se no fato de que, para que o tratado ingresse no ordenamento jurídico, deverá estar assinado pelo Presidente da República (art. 49, I, da CF/88) e

regulamentado por decreto legislativo votado por maioria simples (art. 47 da CF/88). Assim, alega-se que não poderia o tratado fazer parte de norma constitucional, tendo em vista não haver grande rigidez na sua introdução no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, existe a proposta da EC n. 96-A/92, que pretende inserir um § 3.º no art. 5.º, com a seguinte redação: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por $^{3}/_{5}$ dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às Emendas Constitucionais, condicionados à aplicação pela outra parte.”

DIREITO CONSTITUCIONAL

MÓDULO V

No módulo em epígrafe, foram acrescentados os seguintes itens:

5.4. Inviolabilidade do Domicílio (artigo 5.º, XI)

A Constituição estabelece a inviolabilidade domiciliar e suas exceções. A casa é asilo do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, ainda, durante o dia, por determinação judicial.

A expressão casa, segundo o Código Penal (artigo 150, § 4.º), compreende qualquer compartimento habitado, o aposento ocupado de habitação coletiva e, ainda, compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

Com relação à expressão dia, José Afonso da Silva entende que é o período das 6:00 horas da manhã às 18:00 horas. Para Celso de Mello, deve ser levado em conta o critério físico-astronômico, como o intervalo de tempo situado entre a aurora e o crepúsculo. Outros doutrinadores entendem que devem ser aplicados os dois critérios conjuntamente. Leda Pereira da Mota e Celso Spitzcovsky, em relação ao horário, destacam o artigo 172 do Código de Processo Civil, que autoriza o cumprimento dos atos processuais das seis às vinte horas.

O Código Penal, no artigo 150, define o crime de violação de domicílio. A Lei n. 4.898/65, no artigo 3.º, alínea “b”, define como crime de abuso de autoridade, o atentado à inviolabilidade do domicílio.

É polêmica a questão sobre a possibilidade ou não de a Administração Pública exercer seu poder de polícia no interior das “casas”, sem autorização judicial.

Poder de Polícia (modernamente conceituado em outros países como "limitações administrativas à liberdade e à propriedade") é aquele que se confere à Administração Pública para que ela possa, nos limites da lei, em benefício da coletividade ou do próprio Estado, regular, condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos. O Poder de Polícia tem como principal característica a auto-executoriedade, ou seja, é passível de execução direta pela própria administração, independentemente de ordem judicial.

Hely Lopes Meirelles, exemplificando situações como nas demolições de obras nocivas à comunidade, leciona que se firma cada vez mais a jurisprudência na boa doutrina, reconhecendo a Administração – especialmente quanto aos atos de polícia – o poder de executar direta e indiretamente seus atos imperativos, independentemente de pedido cominatório ou mandado judicial. Reconhece, porém, que em face dos princípios do contraditório e da ampla defesa, inclusive nos procedimentos administrativos, a auto-executoriedade tornou-se mais restrita.

Celso Ribeiro Bastos, por sua vez, ao tratar da inviolabilidade do domicílio, traz a seguinte lição: "Perdeu portanto a administração a possibilidade da auto-executoriedade administrativa. Mesmo em casos de medidas de ordem higiênica ou de profilaxia e combate às doenças infecto-contagiosas, ainda assim é necessário uma ordem judicial para invasão".

Entendemos que, tratando-se de situações emergenciais, a razão está com Hely Lopes Meirelles, sem prejuízo de que posteriormente o particular ingresse com as medidas judiciais cabíveis para a defesa de seus direitos e de seu patrimônio, se for o caso. Afinal, quem pode o mais pode o menos, e a Constituição Federal autoriza até mesmo a requisição do bem particular (artigo 5.º, XXV) sem impor para tanto a prévia autorização judicial.

A Constituição Federal, em seu artigo 145, § 1.º, estabelece que a administração tributária deve exercer suas atividades com respeito aos direitos individuais, entre os

quais se destaca a inviolabilidade de domicílio. Nesse sentido STF-*RTJ* 162/249. No âmbito infraconstitucional a matéria está disciplinada pelos arts. 194/200 do Código Tributário Nacional. Havendo resistência, a fiscalização tributária deve requerer ao Poder Judiciário um mandado de busca e apreensão, podendo o contribuinte ser enquadrado no artigo 1.º, I, da Lei n. 8.137/90 (que trata dos crimes contra a ordem tributária).

5.5. Sigilo de Correspondência e de Comunicações (artigo 5.º, XII)

A Constituição Federal assegura o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, permitindo a violação das comunicações telefônicas, desde que por ordem judicial.

A Lei n. 9.296/96 dispõe que a interceptação telefônica é possível por ordem judicial:

a) de ofício, a requerimento do Ministério Público ou autoridade policial;

b) tratando-se de fato punido com reclusão;

c) desde que seja imprescindível para a instrução processual penal ou para a investigação criminal;

d) desde que já existam indícios suficientes de autoria.

Fora dessas hipóteses a interceptação telefônica pode ser considerada prova ilícita, porque viola a intimidade.

Interceptação telefônica significa a gravação de um diálogo telefônico entre duas ou mais pessoas sem que qualquer dos interlocutores saiba da medida. Não se confunde com escuta telefônica, pois esta ocorre quando um terceiro (polícia, por exemplo) capta a conversa, com o consentimento de apenas um dos interlocutores.

Quanto à validade da gravação clandestina (ou sub-reptícia), que é a conversa (telefônica ou pessoal) gravada por uma parte sem o conhecimento da outra e sem ordem judicial, há controvérsia, mas cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal tem admitido somente no caso de prova de defesa.

O artigo 1.º, parágrafo único, da Lei n. 9.296/96 permite interceptação no fluxo de comunicação de dados, informática e telemática.

Considerando-se que a Constituição Federal só fez ressalva quanto à inviolabilidade das comunicações telefônicas, pergunta-se: o parágrafo único do artigo 1.º da referida lei não contraria o texto constitucional?

Vicente Greco Filho entende que o dispositivo é inconstitucional.

A maioria da doutrina, entretanto, entende que não há inconstitucionalidade. Os Professores Damásio de Jesus e Luiz Flávio Gomes estão com a maioria. Estes autores defendem a tese de que não há direito fundamental absoluto. Para eles, um direito não pode acobertar uma atividade ilícita. O Supremo Tribunal Federal já decidiu nesse sentido.

O parágrafo único do artigo 41 da Lei de Execução Penal prevê a possibilidade do diretor do presídio suspender o direito de correspondência do preso em caso de violação à moral e aos bons costumes. Novamente, surge a discussão sobre a inconstitucionalidade do dispositivo. A jurisprudência é pacífica ao defender a constitucionalidade dessa restrição, diante da necessidade de defesa do interesse público, da manutenção da segurança e outros fundamentos. A doutrina, por sua vez, defende o direito do sentenciado à inviolabilidade da correspondência.

Os direitos previstos no inciso XII do artigo 5.º poderão sofrer restrições na vigência de estado de sítio ou estado de defesa, nos termos dos arts. 136 e 137 da Carta Magna.

DIREITO CONSTITUCIONAL

Direitos Sociais

A CF relaciona os direitos sociais em três grupos:

- direitos sociais fundamentais;
- direitos dos trabalhadores em geral;
- direitos coletivos dos trabalhadores.

O art. 6.º aponta os direitos sociais fundamentais, sendo todos voltados à garantia de perfeitas condições de vida. Tais direitos visam garantir:

- saúde;
- educação;
- trabalho;
- lazer;
- segurança;
- previdência Social;
- proteção à maternidade e à infância;
- assistência aos desamparados;
- moradia (EC n. 26/2000).

Os direitos sociais têm conteúdo econômico e, às vezes, são apresentados como direitos econômicos, posto ser o trabalho componente das relações de produção e primado básico da ordem social – arts. 7.º e 193. Mas direitos sociais não se confundem com os direitos econômicos:

- Direitos Econômicos – dimensão institucional.
- Direitos Sociais – formas de tutela pessoal, disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais. O direito econômico é pressuposto de existência de direitos sociais.

1. CONCEITO

Constituem direitos fundamentais do homem os que objetivam melhores condições de vida aos mais fracos, tendentes a diminuir as desigualdades sociais.

Doutrinariamente: direitos de 2.ª geração.

2. OBJETIVO

Criar condições de vida e possibilitar o gozo de direitos individuais, contribuindo para a diminuição das diferenças materiais.

3. CLASSIFICAÇÃO – ARTS. 6.º a 11

Direitos sociais relativos a:

- trabalhador;
- seguridade;
- educação e cultura;
- família, criança, adolescente e idoso;
- meio ambiente.

3.1. Direitos Sociais do Homem Produtor

Liberdade de instituição sindical, direito de greve, contrato coletivo de trabalho, direito ao emprego.

3.2. Direitos Sociais do Homem Consumidor

Direitos relacionados à saúde, à segurança social, à formação profissional e à cultura.

3.3. Direitos Sociais Relativos aos Trabalhadores

São de duas ordens:

- direitos em suas relações individuais de trabalho (direitos dos trabalhadores – art. 7.º);
- direitos coletivos dos trabalhadores (9.º a 11), exercitáveis coletivamente – associação sindical, greve, de substituição processual.

3.3.1. Destinatários dos direitos sociais dos trabalhadores (art. 7.º):

- Urbanos: atividade industrial, comercial, prestação de serviços.
- Rurais: exploração agropastoril.
- Domésticos: auxiliares da administração residencial de natureza não lucrativa.

3.3.2. Direitos reconhecidos aos trabalhadores

São direitos reconhecidos aos trabalhadores os do art. 7.º e outros compatíveis com a finalidade de melhoria da condição social do trabalhador.

O trabalho não é definido ou conceituado na Carta Constitucional, mas seu papel de relevo na vida do homem é destacado em todo o sistema constitucional:

- Art. 6.º: trata-o como direito social.
- Art. 1.º, IV: traz como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil os "valores sociais do trabalho".

- Art. 170: a ordem econômica se funda na "valorização do trabalho".
- Art. 193: a ordem social tem por princípio o "primado do trabalho".

O homem tem direito social ao trabalho como condição de efetividade da existência digna (fim da ordem econômica), da dignidade da pessoa humana (fundamento da República). Tem-se, por exemplo: direito individual – liberdade de profissão ou ofício; direito social – acesso ao emprego, à formação profissional.

a) Direito do empregado/direito ao trabalho

Garantia de permanência no emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa. Protege-se o emprego, garantindo-se a indenização compensatória da rescisão do contrato de trabalho – art. 7.º, I; seguro-desemprego – art. 7.º, II; aviso-prévio – art. 7.º, XXI, e art. 7.º, III.

b) Direito ao salário

- Mínimo (art. 7.º, IV).
- À irredutibilidade, salvo quando convencionada em contrato coletivo de trabalho (art.8.º, VI). A CLT, em seu art. 468, proíbe alterações prejudicais do contrato de trabalho.

- Trabalho noturno com remuneração superior ao diurno (art. 6.º, IX, que repete norma do art. 73, § 1.º, da CLT).

c) Direito ao repouso e à inatividade remunerada (art. 7.º, XV, XVII, XIX e XXIV, da CF)

- Repouso semanal remunerado.
- Licença-maternidade (gestante – 120 dias).
- Licença-paternidade (5 dias, art. 10, § 1.º, do ADCT).
- Gozo de férias anuais, que devem ser pagas antes do início com acréscimo de 1/3 (A CF não fixa o número de dias, cabendo à lei disciplinar).
- Aposentadoria.

d) Proteção dos trabalhadores

- Proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7.º, XX).
- Igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso (art. 7.º, XXXIV).
- Segurança do trabalho – proteção contra riscos, em face da automação e a obrigatoriedade de seguro (art. 7.º, XXII, XXVII e XXVIII).

e) Direitos relativos aos dependentes

- Salário-família para os dependentes de trabalhadores de baixa renda (art. 7.º,XII).
- Assistência gratuita aos filhos e dependentes do trabalhador desde o nascimento até os 6 anos de idade em creches e pré-escolas (art. 7.º,XXV).

f) Participação nos lucros e co-gestão

Art. 7.º, XI (cabível desde 46, mas dependendo de lei que regulamente): assegura a participação nos lucros ou resultados, desvinculada da remuneração e, excepcionalmente, a participação na gestão da empresa. A MP n. 1.878/63, de 22.10.1999, disciplina a matéria.

3.3.3. Direitos coletivos dos trabalhadores

a) Associação e sindicato: a CF prevê dois tipos de associação: profissional e sindical.

- *Profissional*: para fins de estudo, defesa dos interesses profissionais dos seus associados.
- *Sindical*: defesa dos direitos coletivos ou individuais da categoria, participação nas negociações coletivas de trabalho, eleger representantes, receber contribuições.

É livre a associação sindical. Liberdade implica: liberdade de fundação; liberdade de adesão; liberdade de atuação; liberdade de filiação.

Remuneração – contribuição sindical: uma para custeio de confederações; uma de caráter parafiscal (estatuída por lei, obrigatória).

A pluralidade sofre restrição: é admissível apenas uma entidade, um sindicato, por base territorial e para representação de uma categoria. – art. 8.º, II. Vale ressaltar que há unicidade sindical e pluralidade de bases sindicais.

b) Direito de greve: abstenção coletiva concentrada.

A greve pode ter caráter: reivindicativo; de solidariedade; político; de protesto. Não há o exercício desse direito de forma individual, porque o direito de greve sempre pressupõe, para o exercício, a reunião de vontade de vários titulares (grupo de trabalhadores).

DIREITO CONSTITUCIONAL

Direitos Fundamentais

1. NACIONALIDADE

É o vínculo jurídico de uma pessoa com determinado Estado Soberano. Vínculo que gera direitos, porém, também acarreta deveres.

Cidadão é aquele que está no pleno gozo de seus direitos políticos. Geralmente, cidadão é o nacional, mas pode ocorrer ser nacional e não ser cidadão (p. ex.: um indivíduo preso é nacional, mas não é cidadão, visto estarem suspensos seus direitos políticos).

Povo é o elemento humano da nação, do país soberano. É o conjunto dos nacionais.

População é conceito demográfico, engloba nacionais e estrangeiros. Envolve todas as pessoas que estão em um território num dado momento histórico.

1.1. Formas

A nacionalidade apresenta-se de duas formas:

1.1.1. Nacionalidade originária

Também denominada nacionalidade primária ou involuntária, é a nacionalidade dos natos, não dependendo de qualquer requerimento. É um

direito subjetivo, potestativo, que nasce com a pessoa. É potestativo pois depende exclusivamente de seu titular. Somente a CF poderá estabelecer quem são os natos.

1.1.2. Nacionalidade secundária

Também denominada nacionalidade adquirida ou voluntária, é a nacionalidade dos naturalizados, sempre dependendo de um requerimento sujeito à apreciação. Em geral, não é um direito potestativo, visto não ser automático.

A pessoa é livre para escolher sua nacionalidade ou optar por outra. A pessoa não pode ser constrangida a manter sua nacionalidade (princípio da inconstrangibilidade), podendo optar por outra, sendo aceita ou não (princípio da optabilidade).

1.2. Definição de Nato

Existem três critérios para definir os natos: o critério do *jus loci*, o critério do *jus sanguinis* e o critério misto.

1.2.1. Critério jus loci

É considerado brasileiro nato aquele que nasce na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que nenhum deles esteja a serviço de seu país. A República Federativa do Brasil é o seu território nacional mais suas extensões materiais e jurídicas.

Se o estrangeiro estiver em território nacional a serviço de um terceiro país, que não o seu de origem, o filho deste que nascer no Brasil será brasileiro nato.

1.2.2. Critério jus sanguinis

É considerado brasileiro nato o filho de brasileiros que nascer no estrangeiro estando qualquer um dos pais a serviço da República Federativa do Brasil. Como República Federativa do Brasil entende-se a União, os Estados, os Municípios, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, ou seja, o brasileiro deve estar a serviço da Administração Direta ou da Administração Indireta.

Também poderá exigir a nacionalidade o filho de brasileiro nascido no estrangeiro e que venha a residir no Brasil a qualquer tempo, optando pela nacionalidade brasileira. É um direito subjetivo. Este é o fenômeno da dupla personalidade.

1.3. Naturalização

Hoje, a naturalização sempre é expressa e pode ser ordinária, extraordinária, ou naturalização pelo princípio da reserva legal.

No Brasil, houve um período de naturalização tácita que era denominado *Período da Grande Naturalização*. Era tácita, visto que não dependia de qualquer requerimento do interessado. Essa regra foi instituída logo após a Proclamação da República e dispunha que todos aqueles estrangeiros que se encontravam no Brasil por ocasião da Proclamação da República e que até 6 (seis) meses após a promulgação da primeira Constituição Republicana (1891)

não optassem pela manutenção de sua nacionalidade originária, automaticamente adquiriam a condição de brasileiro naturalizado. A essa naturalização deu-se o nome de naturalização tácita. Essa espécie veio prevista até a Carta Constitucional de 1937.

Atualmente, temos a hipótese de naturalização expressa, ou seja, as regras de naturalização previstas dependem de requerimento expresso do interessado. O estrangeiro, obrigatoriamente, deve apresentar um requerimento para naturalizar-se.

A CF/88 prevê duas hipóteses de naturalização:

a) Naturalização ordinária

É a naturalização reconhecida àqueles que apresentem um requerimento, que comprovem ter residido no Brasil durante um ano ininterrupto, que demonstrem ser originários de países de língua portuguesa e que tenham idoneidade moral. Preenchidos esses requisitos, deve ser requerida ao Ministério da Justiça; a concessão ou não dessa naturalização é um poder discricionário do Executivo Federal. A pessoa não tem direito subjetivo a essa naturalização.

b) Naturalização extraordinária

Também denominada naturalização quinzenária, exige quinze anos ininterruptos de residência no Brasil. Pode ser concedida para estrangeiro de qualquer país, inclusive para os apátridas. Exige que o estrangeiro não tenha condenação criminal, nem no Brasil e nem no exterior. Na naturalização extraordinária, temos um direito subjetivo, ou seja, preenchidos os requisitos,

se houver requerimento, deverá ser concedida a naturalização, não havendo discricionariedade do Executivo Federal.

A hipótese de naturalização fundada no princípio da reserva legal não está constitucionalmente prevista e a lei pode disciplinar hipóteses de nacionalidade desde que sejam secundárias, não podendo estabelecer hipóteses de nacionalidade originária. A competência para legislar sobre nacionalidade é da União Federal (art. 22, XIII, da CF/88), podendo ser delegada por lei complementar (art. 22, par. ún., da CF/88).

Hoje, a norma que disciplina essa nacionalização é a Lei n. 6.815/80 (Estatuto dos Estrangeiros). Essa Lei estabelece uma hipótese de naturalização que não está prevista na CF/88 e possui requisitos próprios, são eles:

- capacidade civil: só pode requerer a naturalização com base no princípio da reserva legal quem tiver capacidade civil;
- o requerente deve ter visto permanente;
- o requerente deve estar residindo no Brasil por quatro anos contínuos;
- o requerente deve ler e escrever em português;
- o requerente deve ter boa conduta, boa saúde e bom procedimento;
- o requerente deverá estar exercendo uma profissão ou possuir bens que garantam a sua subsistência e a da sua família;
- inexistência de denúncia, pronúncia ou condenação no Brasil ou mesmo no exterior por crime doloso a que seja prevista pena mínima de um ano de prisão.

Existem, ainda, outras duas hipóteses citadas pela doutrina e ratificadas pelo Ministério da Justiça:

- radicação precoce: aquele que é admitido no Brasil com menos de cinco anos de idade não pode requerer sua naturalização. Deve, então, ser feito um pedido de naturalização provisória. Quando essa pessoa chegar à maioridade, terá dois anos para pedir a radicação precoce, ou seja, terá dois anos para manifestar se deseja a naturalização brasileira;
- naturalização decorrente da conclusão, pelo estrangeiro, de curso superior no Brasil: o estrangeiro admitido no Brasil que não atingiu a maioridade e que conclui curso superior tem até um ano, após a conclusão do curso, para requerer a sua nacionalidade brasileira.

1.4. Distinção entre Brasileiro Nato e Naturalizado

Somente a CF/88 pode estabelecer distinções entre brasileiros natos e naturalizados.

Alguns cargos são reservados aos brasileiros natos:

- Presidente e Vice-Presidente da República: só poderão concorrer ao cargo brasileiros natos;
- Presidente da Câmara dos Deputados e Presidente do Senado Federal: estão na linha de substituição do Presidente da República, portanto deverão ser brasileiros natos;
- Presidente do STF: considerando-se que todos os Ministros do STF poderão ocupar o cargo de presidência do órgão, também deverão ser

brasileiros natos. Os demais cargos do Poder Judiciário poderão ser ocupados por brasileiros natos ou naturalizados;

- Ministro de Defesa: cargo criado pela EC n. 23/99, deverá necessariamente ser ocupado por um brasileiro nato;
- membros da Carreira Diplomática: deverão ser, necessariamente, brasileiros natos. Não se impõe essa condição ao Ministro das Relações Exteriores;
- *parte dos Conselheiros da República* (art. 89, VII, da CF/88): o Conselho da República é um órgão consultivo do Presidente da República, devendo ser composto por seis brasileiros natos;
- as empresas jornalísticas, de radiodifusão, som e imagem são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos.

1.5. Estatuto da Igualdade (Quase Nacionalidade)

O Estatuto da Igualdade é decorrente do Tratado entre Brasil e Portugal de 1971. Quando são conferidos direitos especiais aos brasileiros residentes em Portugal são conferidos os mesmos direitos aos portugueses residentes no Brasil. O núcleo do Estatuto é a reciprocidade. Os portugueses que possuem capacidade civil e residência permanente no Brasil podem requerer os benefícios do Estatuto da Igualdade e, conseqüentemente, há reciprocidade em favor dos brasileiros que residem em Portugal.

Essa nacionalidade é chamada de *Quase Nacionalidade* e pode ser restrita ou ampla.

1.5.1. Quase nacionalidade restrita

Os portugueses terão todos os direitos dos brasileiros naturalizados, entretanto, não terão direitos políticos.

1.5.2. Quase nacionalidade ampla

Os portugueses poderão ter os direitos políticos se solicitarem junto à Justiça Eleitoral, preenchendo, para tanto, os seguintes requisitos:

- demonstrar a quase nacionalidade restrita;
- demonstrar cinco anos de residência permanente no Brasil;
- não ter antecedentes criminais;
- dominar o idioma comum escrito;
- demonstrar que goza de direitos políticos em Portugal.

Obtida a quase nacionalidade ampla, os direitos políticos dos portugueses que a solicitaram ficarão suspensos em Portugal. Terão os mesmos direitos políticos dos brasileiros naturalizados.

O Estatuto da Igualdade poderá prever restrições, entretanto restrições a brasileiros naturalizados só podem ser feitas por meio de Emenda Constitucional.

1.6. Perda da Nacionalidade

Perde a nacionalidade brasileira o brasileiro naturalizado que tiver cancelada a sua naturalização ou adquirir voluntária e ativamente outra nacionalidade.

1.6.1. Hipóteses de perda de nacionalidade

a) Cancelamento da Naturalização

O elemento básico que gera o cancelamento é a prática de atividade nociva ao interesse nacional, reconhecida por sentença judicial transitada em julgado. Entende-se que a prática de atividade nociva tem pressuposto criminal (deve ser fato típico considerado como crime). A sentença tem efeitos *ex nunc* e atinge brasileiros naturalizados. A reaquisição deve ser requerida por meio de ação rescisória.

b) Aquisição voluntária e ativa de outra nacionalidade

Atinge tanto os brasileiros natos quanto os naturalizados. O instrumento que explicita a perda da nacionalidade nesta hipótese é o decreto do Presidente da República. Essa perda ocorre por meio de um processo administrativo que culmina com o decreto do Presidente da República, que tem natureza meramente declaratória e efeitos *ex nunc*. A situação que impõe a perda é a aquisição da outra nacionalidade. O decreto somente irá reconhecer essa aquisição. A reaquisição deve ser feita por decreto do Presidente da República.

Nem sempre a aquisição de outra nacionalidade implica a perda da nacionalidade brasileira. O Brasil, além de admitir a dupla nacionalidade,

admite a múltipla nacionalidade. Em regra, a aquisição de outra nacionalidade implica a perda da nacionalidade brasileira, entretanto, há exceções:

- quando há o reconhecimento ao brasileiro pela legislação estrangeira da condição de nacional originário daquele país;
- a pessoa pode se ver obrigada a adquirir outra nacionalidade para manter sua residência naquele país, onde ela se encontra, ou, ainda, pode se ver obrigada a adquirir a nacionalidade estrangeira para lá poder exercer seus direitos civis (ex.: receber herança, trabalhar etc.). Como é imposição da legislação estrangeira, a pessoa não perde a nacionalidade brasileira;
- jus comunicatio: a mulher brasileira pode adquirir a nacionalidade estrangeira em razão do casamento. Em diversos países, o fato de a mulher casar com um nacional estrangeiro implica a aquisição automática da nacionalidade estrangeira. Essa mulher não perderá a nacionalidade brasileira.

2. SÍMBOLOS NACIONAIS

- Bandeira Nacional.
- Hino Nacional.
- Selos Nacionais.
- Armas Nacionais.

3. TEMAS CORRELATOS

3.1. Banimento

Era o envio compulsório de um brasileiro para o exterior (exílio), com a imposição de ele lá permanecer durante prazo determinado ou indeterminado. O banimento, hoje, está expressamente vedado pelo inc. XLVII do art. 5.º da CF/88. Quando o banimento é temporário (possui prazo certo), ele é conhecido como *ostracismo*.

3.2. Extradição

Admitida no Brasil, é a entrega por um país ao outro (sempre a requerimento desse outro país) de indivíduo que lá deva responder a processo penal ou que lá deva cumprir pena. A extradição pode incidir sobre estrangeiros ou sobre brasileiros naturalizados. Não há extradição de brasileiro nato.

O naturalizado pode ser extraditado nas seguintes condições:

- se cometeu crime antes da naturalização;
- se pratica crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (poderá ser extraditado a qualquer tempo, seja antes ou depois da naturalização).

A extradição tem como primeiro princípio o da dupla tipicidade: para que a extradição possa ser deferida, é necessário que o fato seja considerado típico

e punível, tanto no Brasil quanto no país requerente. Não é, porém, qualquer fato típico que autoriza a extradição. O fato, no Brasil, deve ser considerado de certa gravidade, ou seja, fatos, cuja pena máxima, no Brasil, não seja superior a 1 (um) ano não autorizam a extradição. Se o fato no Brasil é considerado uma contravenção penal, não será deferida a extradição.

Para que a extradição seja deferida, além da dupla tipicidade, exige-se ou um tratado ou um compromisso de reciprocidade entre os dois países.

O processo de extradição tem o seguinte rito: o governo estrangeiro encaminha um requerimento ao governo brasileiro pedindo a extradição via Ministério das Relações Exteriores (Poder Executivo). O Poder Executivo repassa ou não esse pedido para o STF, que o julgará. Esse julgamento feito pelo STF forma o título executório da extradição. Formado esse título, caberá ao Presidente da República consumar ou não a extradição. Quando o STF recebe o processo de extradição, como condição de prosseguibilidade, deverá ser decretada a prisão do extraditando prevista no art. 208 do Regimento Interno do STF. O STF vai atuar dentro do sistema de controle limitado (sistema da contenciosidade limitada), ou seja, o STF não poderá reavaliar a prova. O STF deverá analisar:

- se está presente a dupla tipicidade;
- se efetivamente aquele caso não vai ensejar pena de morte no país requerente (caso enseje pena de morte, o Brasil não vai deferir a extradição, salvo se no Brasil também for prevista a pena de morte para aquele caso). Se o delito for apenado com pena de morte, o STF somente deferirá a extradição se o país requerente comprometer-se a comutar a pena de morte por pena restritiva de liberdade. Caso seja comutada a pena de morte para prisão perpétua, o STF defere a extradição sob o fundamento de que a prisão perpétua é reversível;

- os requisitos do art. 5.º, LII, da CF/88, ou seja, deve verificar se o delito é comum ou é delito político (delito de opinião). Não se defere a extradição por delito político ou de opinião (princípio do asilo político, art. 4.º da CF/88).

Quando pede a extradição, o país requerente deve informar ao Brasil quais as acusações contra aquela pessoa (Princípio da Especialidade). Ainda, o país requerente deve se comprometer a considerar, no cumprimento da pena, o montante da pena já cumprida no Brasil (Princípio da Detração).

O fato de o extraditando ter filho brasileiro sob sua dependência ou, ainda, ter companheiro ou cônjuge há mais de cinco anos não impede a extradição (Súmula n. 421 do STF), tendo em vista que a extradição ocorre a requerimento do país estrangeiro.

Para que o extraditado possa retornar ao Brasil, deve haver outro decreto do Presidente da República autorizando o retorno.

3.3. Expulsão

O que autoriza a expulsão é o fato de um estrangeiro ter sido condenado criminalmente no Brasil ou ter praticado atos nocivos aos interesses nacionais. Sempre que houver a condenação de um estrangeiro, o MP tem a obrigação de encaminhar cópia da sentença condenatória, cópia da certidão de trânsito em julgado e folha de antecedentes do condenado ao Ministério da Justiça para que se instaure ou não o processo de expulsão (prazo de até 30 dias do trânsito em julgado da condenação criminal). O processo de expulsão será consumado ou não pelo Presidente da República.

Se o Ministério da Justiça entender que é caso de expulsão e o Presidente da República se dispuser a consumar a expulsão, a vítima poderá recorrer ao STF para que o ato seja reavaliado.

Tendo em vista que a expulsão é ato de exclusão de estrangeiro por iniciativa do governo brasileiro, o fato de o estrangeiro possuir filhos brasileiros ou cônjuge há mais de 5 anos impede a expulsão (Súmula n. 1 do STF).

3.4. Deportação

A deportação se verifica pelo simples ingresso do estrangeiro ou pela sua permanência no Brasil de forma irregular. É meramente documental, não tem como pressuposto o cometimento de crimes.

Quem consuma a deportação, por ser um fato menor, são as autoridades locais (Polícia Federal), visto não ter maiores conseqüências (se o estrangeiro regularizar a situação, poderá retornar ao Brasil). Pode-se exigir que o estrangeiro, para o retorno ao Brasil, pague as despesas da sua deportação.

4. DIREITOS POLÍTICOS

Direitos políticos são as regras que disciplinam o exercício da soberania popular (*jus civitatis*), a participação nos negócios jurídicos do Estado.

4.1 Regime Político (ou Regime de Governo) – O Estado Democrático de Direito

Regime de Governo ou Regime Político, leciona José Afonso da Silva, "é um complexo estrutural de princípios e forças políticas que configuram determinada concepção do Estado e da Sociedade, e que inspiram seu ordenamento jurídico".

A divisão essencial dos regimes políticos está na contraposição das estruturas autocráticas e democráticas. Enquanto na estrutura autocrática vigora a soberania do governante (princípio do chefe), na democracia verifica-se o *governo do povo* (regra da maioria).

Pinto Ferreira[1] expõe dois conceitos de democracia. O primeiro, baseado em Rousseau, dita que democracia é o regime do povo, pelo povo e para o povo. O segundo, baseado em Kelsen, baseia-se não só no voto do povo, mas também na liberdade de consciência, de culto, de religião e de trabalho. O conceito de Kelsen, pelo qual a democracia é uma *técnica de liberdade*, é o que melhor define a democracia, pois um povo sem liberdade de informação e de manifestação, ainda que vote, jamais terá um governo verdadeiramente voltado para o bem-estar da maioria.

Conforme ensina Celso Antonio Bandeira de Mello [2], "a democracia exige, para seu funcionamento, um *minimum* de cultura política, que é precisamente o que falta nos países apenas formalmente democráticos". Bem leciona o mestre que, sem a consciência de cidadania (existente nos países substancialmente democráticos), o povo "é presa fácil das articulações, mobilizações e aliciamento da opinião pública, quando necessária sua adesão

---

[1] *Manual de Direito Constitucional*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 206.
[2] *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros.

ou pronunciamento, graças ao controle que os setores dominantes detêm sobre a mídia, que não é senão um dos seus braços”.

É certo que a *regra da maioria* “é o instrumento técnico capaz de obter o grau máximo da liberdade”, conforme afirma Celso Fernandes Campilongo[3]. Há sempre que se observar, porém, se o objetivo da maioria não foi manipulado por uma minoria dominante. Citando Platão, o Prof. Celso Fernandes enriquece o debate sobre a efetiva legitimidade da regra da maioria com a indagação do objeto da escolha, nos seguintes termos :

“Já na Grécia clássica, em famosa passagem de Protágoras, Platão esclarecia: ‘Quando a Assembléia se reúne, se a questão é de deliberar sobre construções a serem realizadas, são chamados arquitetos para deliberarem... Se se trata, ao contrário, de interesses gerais da cidade, vê-se indiferentemente levantarem-se para tomar a palavra arquitetos, ferreiros, sapateiros, mercadores,... e ninguém os reprova’. Em outras palavras: questões técnicas devem ser decididas por especialistas, questões políticas, pelos cidadãos”.

Carmen Lúcia Antunes Rocha[4] relembra que “a participação política é direito fundamental, ostentada na Declaração dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas, de 1948, em cujo art. 21 se tem:

1.º – Todo o homem tem direito de tomar parte no governo do seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.

2.º – Todo homem tem igual direito de acesso ao serviço público de seu país.

3.º – A vontade do povo será a base da autoridade do governo, esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto equivalente que assegure a liberdade do povo”.

---

[3] *Direito e Democracia.* Max Limonad. p. 35.
[4] *República e Federação no Brasil*. Del Rey. p. 117.

Estado de Direito, por sua vez, é aquele em que todos estão igualmente submetidos à força das leis.

Estado Democrático de Direito, portanto, é aquele que permite a efetiva participação do povo na administração da coisa pública, visando sobretudo alcançar uma sociedade livre, justa e solidária em que todos (inclusive os governantes) estão igualmente submetidos à força da lei.

4.2. Espécies de Regimes Democráticos: Democracia Direta, Semidireta e Indireta

O par. ún. do art. 1.º da CF reproduz o conceito de Lincoln de que a democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo, ou seja, todo o poder emana do povo (primeiro titular do Poder Constituinte Originário), que o exerce por meio de representantes eleitos diretamente, nos termos da CF.

O art. 14 da CF explicita que no Brasil a soberania popular é exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (democracia indireta), e, nos termos da lei, mediante iniciativa popular, referendo e plebiscito, instrumentos da democracia direta (também denominada participativa). A esse exercício misto da soberania popular, que no Brasil ocorre por meio de representantes eleitos (eleição direta dos parlamentares e dos chefes do executivo – democracia indireta ou representativa) ou diretamente (iniciativa popular, plebiscito e referendo – democracia participativa), dá-se o nome de democracia semidireta (que é o nosso regime de governo).

Cidadão, na linguagem popular, povo, população e nacionalidade são expressões que se confundem. Juridicamente, porém, *cidadão* é aquele nacional que está no gozo de seus direitos políticos, sobretudo o voto.

População é conceito meramente demográfico. *Povo* é o conjunto dos cidadãos.

Cidadania é conjunto de direitos fundamentais e de participação nos destinos do Estado. Tem sua face ativa (direito de escolher os governantes) e sua face passiva (direito de ser escolhido governante). Alguns, porém, por imposição constitucional, podem exercer a cidadania ativa (ser eleitor), mas não podem exercer a cidadania passiva (ser candidato), a exemplo dos analfabetos (art. 14, § 4.º, da CF). Alguns atributos da cidadania são adquiridos gradativamente, a exemplo da idade mínima exigida para alguém concorrer a um cargo eletivo (18 anos para Vereador, 21 anos para Deputado etc.).

4.3. O Sufrágio e o Voto

O sufrágio (do latim *sufragium*, apoio) representa o direito de votar e ser votado e é considerado universal quando se outorga o direito de votar a todos que preencham requisitos básicos previstos na Constituição, sem restrições derivadas de condição de raça, de fortuna, de instrução, de sexo ou de convicção religiosa.

O sufrágio restrito (qualificativo) é aquele só conferido a pessoas que preencham determinadas condições de nascimento, de fortuna etc. Pode ser restrito censitário (quando impõe restrições vinculadas à capacidade econômica do eleitor – as CFs de 1891 e 1934 vedavam o voto dos mendigos) ou restrito capacitário (pela CF/67 e até a EC n. 25/85, o analfabeto não podia votar).

O sufrágio identifica um sistema no qual o voto é um dos instrumentos de deliberação.

O voto, que é personalíssimo (não pode ser exercido por procuração), pode ser direto (como determina a atual CF) ou indireto. É direto quando os eleitores escolhem seus representantes e governantes sem intermediários. É indireto quando os eleitores (denominados de 1.º grau) escolhem seus representantes ou governantes por intermédio de delegados (eleitores de 2.º grau), que participarão de um Colégio Eleitoral ou órgão semelhante. Observe-se que há exceção ao voto direto no § 1.º do art. 81 da CF, que prevê eleição indireta para o cargo de Presidente da República se houver impedimento do Presidente e do Vice-Presidente nos dois últimos anos do mandato. O voto é secreto para garantir a lisura das votações, inibindo a intimidação e o suborno. O voto com valor igual para todos é a aplicação do Direito Político da garantia de que todos são iguais perante a lei (cada eleitor vale um único voto – *one man, one vote*).

Não se confunde voto direto com democracia direta. Na verdade, a democracia direta em que os cidadãos se reúnem e exercem sem intermediários os poderes governamentais, administrando e julgando, pode ser classificada como reminiscência histórica. Afinal, o tamanho dos Estados modernos e a complexidade de suas administrações já não permitem tal forma de participação (costuma-se citar como exceção alguns cantões suíços, com pequenas populações).

Os principais institutos da democracia representativa (indireta) são o voto (direito ou indireto) e o mandato político que o representante recebe.

4.4. A Iniciativa Popular, o Referendo e o Plebiscito

Os principais institutos da democracia direta (participativa) no Brasil são a iniciativa popular, o referendo popular e o plebiscito.

4.4.1. Iniciativa popular (arts. 14, III; 27, § 4.º; 29, XIII; e 61, § 2.º; todos da CF; e art. 22, IV, da Constituição Paulista)

Uma das formas de o povo exercer diretamente seu poder é a iniciativa popular, pela qual 1% do eleitorado nacional (cerca de 1.080.000 eleitores no ano 2000), distribuídos por pelo menos cinco Estados-Membros, com não menos de três décimos de 1% dos eleitores de cada um deles, apresenta à Câmara dos Deputados um projeto de lei (complementar ou ordinária).

O Prof. José Afonso da Silva admite a iniciativa popular também para projeto de emenda à CF, posição que, entretanto, não está explicitada no art. 60 da CF (que define quem tem poder de iniciativa para uma emenda à CF).

Nos termos da Lei Federal n. 9.709, de 18.11.1998, o projeto de lei de iniciativa popular deve limitar-se a um só assunto e não poderá ser rejeitado por vício de forma (art. 13). A tramitação do projeto de iniciativa popular observa as normas do regimento interno das casas legislativas.

No âmbito do Estado de São Paulo, a iniciativa popular deve ter por base matéria de interesse local e pode envolver desde proposta de emenda da Constituição Estadual (art. 22, IV, CE, que exige a assinatura de 1% do eleitorado do Estado) até proposta de lei complementar ou ordinária (assinatura de 0,5% dos eleitores do Estado), desde que a matéria não seja de iniciativa exclusiva de qualquer um dos três poderes. Há que se colher o apoio dos eleitores de pelo menos 5 dos 15 maiores Municípios do Estado, sendo que cada um deles deverá estar representado por no mínimo 0,2% dos seus eleitores. Não serão suscetíveis de iniciativa popular matérias previstas na CE como de competência exclusiva de algum dos poderes.

Nos Municípios, a iniciativa popular também está restrita aos interesses locais, dependendo da assinatura de 5% dos seus eleitores (art. 29, XIII, da CF, conforme renumeração feita pela EC n. 1, de 1992).

4.4.2. O plebiscito e o referendo popular

O referendo popular é a forma de manifestação popular pela qual o eleitor aprova ou rejeita uma atitude governamental já manifestada. Normalmente, verifica-se quando uma emenda constitucional ou um projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo é submetido à aprovação ou rejeição dos cidadãos antes de entrar em vigor.

Nas questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo (matéria constitucional, administrativa ou legislativa), bem como no caso do § 3.º do art. 18 da CF (incorporação, subdivisão ou desmembramento de um Estado), a autorização e a convocação do referendo popular e do plebiscito são da competência exclusiva do Congresso Nacional, nos termos do art. 49, XV, da CF, c. c. a Lei n. 9.709/98 (em especial os arts. 2.º e 3.º).

A iniciativa da proposta do referendo ou do plebiscito deve partir de 1/3 dos Deputados Federais ou de 1/3 dos Senadores. A aprovação da proposta é manifestada (exteriorizada) por decreto legislativo que exige o voto favorável da maioria simples dos Deputados Federais e dos Senadores (voto favorável de mais da metade dos presentes à sessão, observando-se que para a votação ser iniciada exige-se a presença de mais da metade de todos os parlamentares da casa).

O referendo deve ser convocado no prazo de trinta dias, a contar da promulgação da lei ou da adoção de medida administrativa sobre a qual se mostra conveniente a manifestação popular direta.

O plebiscito é a consulta popular prévia pela qual os cidadãos decidem ou demostram sua posição sobre determinadas questões. A convocação de plebiscitos é de competência exclusiva do Congresso Nacional quando a questão for de interesse nacional.

Relembramos que a CF permite a criação de Territórios Federais (hoje inexistentes) e até prevê, no art. 12 do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), a formação de uma comissão para analisar a questão, sobretudo em relação à Amazônia Legal.

Para a criação de um território, entre os primeiros passos está a aprovação da proposta pela população diretamente interessada, mediante plebiscito (art. 18, § 3.º, da CF).

Nas demais questões, de competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, o plebiscito e o referendo são convocados em conformidade, respectivamente, com a CE e com a Lei Orgânica.

No Estado de São Paulo, a questão está disciplinada no § 3.º do art. 20 da CE. Prevê o dispositivo que 1% do eleitorado do Estado poderá requerer à Assembléia Legislativa a realização de referendo sobre lei. O plebiscito, por sua vez, deve ser requerido ao TRE por 1% do eleitorado do Estado, ouvida a Assembléia Legislativa.

Os eleitores (1%) deverão estar distribuídos em, pelo menos, cinco entre os quinze maiores Municípios do Estado, com não menos de 0,2% dos eleitores em cada um deles.

O Prof. José Afonso da Silva também aponta a ação popular como um dos instrumentos da democracia participativa, regra que não está explicitada no art. 14 da CF.

4.4.3. Veto popular

O veto popular é um modo de consulta ao eleitorado sobre uma lei existente, visando revogá-la pela votação direta. Foi aprovado em 1.º turno pela Assembléia Nacional Constituinte, mas acabou sendo rejeitado no 2.º turno, não sendo incluído na CF de 1988.

4.4.4. Recall

É a chamada para voltar, que também não está prevista em nosso sistema constitucional. É uma forma de revogação de mandato, de destituição, pelos próprios eleitores, de um representante eleito, que é submetido a uma reeleição antes do término do seu mandato.

4.4.5. Pluralismo político

Há que se relembrar inexistir uma democracia substancial sem a garantia do pluralismo político, caracterizado pela convivência harmônica dos interesses contraditórios. Para tanto, há que se garantir a ampla participação de todos (inclusive das minorias) na escolha dos membros das casas legislativas, reconhecer a legitimidade das alianças (sem barganhas espúrias) que sustentam o Poder Executivo e preservar a independência e a transparência dos órgãos

jurisdicionais a fim de que qualquer lesão ou ameaça de lesão possa ser legitimamente reparada por um órgão imparcial do Estado.

O princípio do pluralismo político (inc. V do art. 1.º da CF/88) está desmembrado em diversos dispositivos constitucionais, entre eles os que garantem a livre manifestação do pensamento (art. 5.º, IV), a livre convicção política (art. 5.º, VIII) e o pluripartidarismo (art. 17). Demonstra que nossa sociedade é pluralista (equilibra os interesses contraditórios com negociações constantes) e não monista.

4.5. Alistamento Eleitoral (Capacidade Eleitoral Ativa)

Cabe privativamente à União legislar sobre matéria eleitoral (art. 24, I, da CF). Tanto o Presidente da República (art. 84, IV, da CF) quanto o TSE (art. 23, IX, do CE) podem expedir as instruções que julgarem convenientes à boa execução das leis eleitorais; poder regulamentar que excepcionalmente pode ser exercido também pelos TREs nas suas respectivas circunscrições (inc. XVII do art. 30 do Código Eleitoral).

O alistamento eleitoral (integrado pela qualificação e pela inscrição) e o voto são obrigatórios para os maiores de dezoito anos. São facultativos, contudo, para o analfabeto, para os maiores de dezesseis anos (até a data do pleito, conforme prevê o art. 12 da Resolução n. 20.132/98) e menores de dezoito, bem como para os maiores de setenta anos. Em seu art. 6.º, o Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65) também faculta o alistamento do inválido e dos que se encontram fora do país. Faculta, ainda, o voto dos enfermos, dos que se encontram fora do seu domicílio e dos servidores públicos em serviço que os impeça de votar. Conforme sustenta Joel José Cândido[5] , “o indígena, capaz de

[5] *Direito Eleitoral Brasileiro.* 8.ª ed. São Paulo: Edipro, 2000. p. 93.

exprimir-se na língua nacional, pode se alistar, desde que portador de documento, ainda que mero registro administrativo na FUNAI”.

O art 7.º do Código Eleitoral especifica as sanções para quem inobserva a obrigatoriedade de se alistar e votar. Sem a prova de que votou na última eleição, pagou a respectiva multa ou se justificou devidamente, o eleitor não poderá obter passaporte ou carteira de identidade, inscrever-se em concurso público, receber remuneração dos entes estatais ou paraestatais, renovar matrícula em estabelecimento oficial de ensino etc.

O título eleitoral prova a quitação do eleitor para com a Justiça Eleitoral até a data de sua emissão (art. 23 da Resolução n. 20.132/98). O requerimento de inscrição é submetido à apreciação do Juiz eleitoral, que, em 48 horas, poderá deferi-lo, indeferi-lo ou convertê-lo em diligências. Quinzenalmente, o Juiz eleitoral fará publicar pela imprensa, onde houver, ou por edital, os pedidos de inscrição e a sua decisão. Da decisão indeferitória pode recorrer o eleitor. Da deferitória pode recorrer qualquer delegado de partido. Na qualidade de defensor da ordem jurídica e do regime democrático (art. 127 da CF), o MP pode recorrer da decisão deferitória ou da decisão indeferitória. Os recursos devem ser interpostos em três dias (seguindo assim a regra geral do art. 258 do Código Eleitoral) e são dirigidos ao TRE competente.

O eleitor obrigado a votar e que se encontre no exterior no dia da votação tem o prazo de 30 dias, contados de seu ingresso no país, para justificar sua falta perante o Juiz de sua zona eleitoral.

No caso de estar no país, o eleitor que tinha obrigação de votar e não o fez tem o prazo de 60 dias para justificar sua ausência. Indeferida a justificação ou decorrido o prazo sem justificativa, será aplicada multa pelo não exercício do voto, a qual será fixada entre 3% e 10% sobre o valor correspondente a 33,02 UFIRs (base de cálculo) e destinada ao Fundo Especial de Assistência

Financeira aos Partidos Políticos. O pagamento poderá ser efetuado na agência arrecadadora de qualquer zona eleitoral, nos termos do art. 11 da CE e da Resolução do TSE n. 20.405/98. Nos termos dos §§ 2.º e 3.º do art. 367 da CE, o eleitor pobre poderá ser isentado do pagamento da multa. Por outro lado, se mesmo aplicada no máximo se mostrar ineficaz em razão da situação econômica do infrator, a multa poderá ser aumentada em até 10 vezes. Certificado nos autos que a multa não foi satisfeita no prazo de trinta dias, contados do trânsito em julgado da decisão que a fixar (a decisão deve ser publicada ou notificada ao infrator), a dívida será inscrita em livro próprio do Juízo Eleitoral ou do Tribunal (caso os autos lá se encontrem) e assim considerada líquida e certa para efeitos de cobrança perante execução fiscal). No caso de imposição de multa pelo Juiz eleitoral, este deverá providenciar para que em 5 dias do trânsito em julgado de sua decisão os autos (com a certidão da dívida inscrita) sejam encaminhados ao Tribunal Eleitoral competente, o qual se reportará diretamente à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Comunicada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a liquidação da dívida, a ocorrência será anotada nos autos e registrada no Livro de Inscrição de Multas Eleitorais (Resolução do TSE n. 20.405/98 e Portaria TSE n. 94/99).

De acordo com o art. 42 do Código Eleitoral, o alistamento é feito no lugar da residência ou da moradia do requerente e, verificado ter o alistando mais de uma, será considerado domicílio qualquer uma delas. Prevalece, por isso, que o domicílio eleitoral não é, necessariamente, o local onde o cidadão estabelece a sua residência com ânimo definitivo (sendo, por isso, inaplicável a regra do art. 31 do CC).

Ao contrário da legislação eleitoral de 1945, que previa a inscrição *ex officio*, hoje o alistamento somente é efetivado a requerimento do interessado.

O art. 91 da Lei n. 9.504/97, ratificando previsão do art. 72 da Lei n. 9.100/95, estabelece que nenhum requerimento de inscrição eleitoral ou de transferência será recebido dentro dos 150 dias anteriores à data da eleição. Está revogado, portanto, o art. 67 do Código Eleitoral (que fixava o prazo em 100 dias).

Os procedimentos pertinentes ao alistamento e à transferência estão previstos nos arts. 43 e ss. do CE e nos arts. 11 e ss. da Resolução TSE n. 20.132/98. Exige-se, em síntese, prova de identidade e do cumprimento das exigências relativas ao serviço militar obrigatório. No momento da formalização do pedido de inscrição, o alistando manifestará sua preferência pelo local de votação entre aqueles relativos à sua zona eleitoral e assinará, sob as penas da lei, formulário-padrão que, entre outras informações, destaca seu endereço. O prazo de alistamento para o brasileiro nato vai até os dezenove anos e para o naturalizado é de até um ano após a aquisição da nacionalidade brasileira.

Para fins de transferência, o eleitor deverá comprovar estar quite com a Justiça Eleitoral, o transcurso de pelo menos um ano da última inscrição e declarar residência mínima de três meses no novo domicílio. Não comprovada a quitação para com a justiça eleitoral, desde logo o Juiz eleitoral fixará a multa devida. O requerimento de transferência de domicílio eleitoral será imediatamente publicado na imprensa oficial (na capital) ou em cartório (nas demais localidades), podendo os interessados impugná-lo em 10 dias. Da decisão cabe recurso para o TRE competente no prazo de três dias.

As exigências temporais especificas da Justiça Eleitoral não se aplicam aos servidores públicos removidos ou transferidos e aos familiares que os acompanham.

Conforme será analisado em tópico específico, inscrever-se fraudulentamente como eleitor caracteriza crime (art. 289 do Código Eleitoral).

Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o serviço militar obrigatório, o conscrito (aquele que, regularmente convocado, presta o serviço militar obrigatório ou serviço alternativo, incluindo-se no conceito os médicos, dentistas, farmacêuticos e veterinários que prestam o serviço militar obrigatório após o encerramento da faculdade – art. 7.º da Lei n. 5.292, de 8.6.1967). O conscrito que se alistou e adquiriu o direito de voto antes da conscrição tem sua inscrição mantida, mas não pode exercer o direito de voto até que o serviço militar ou alternativo esteja cumprido (Resolução TSE n. 15.072/89).

Aos portugueses com residência permanente no Brasil (independentemente de naturalização), se houver reciprocidade em favor dos brasileiros, são atribuídos os direitos inerentes aos brasileiros, salvo os casos previstos na própria CF (art. 12, § 1.º, da CF/88, nos termos da EC de revisão n. 3/94). Conforme ensina José Afonso da Silva, quanto aos direitos conferidos aos portugueses, "seria muito mais simples se a Constituição houvesse dito claramente que seriam atribuídos a eles os direitos inerentes aos brasileiros naturalizados". Antes da reforma constitucional, o texto era confuso, mas atribuía aos portugueses os direitos inerentes aos brasileiros natos, exceto quanto às ressalvas previstas na própria CF. Francisco Rezek[6] observa que estes quase nacionais podem ser extraditados e não cumprem o serviço militar obrigatório, circunstâncias que os diferenciam dos naturalizados, mas é suficiente para rechaçar a tese de que a nacionalidade é pressuposto da cidadania.

[6] *Direito Internacional Público.* 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 191.

Encerrando o tema, Walter Ceneviva[7] leciona que, observados os requisitos da CF (residência permanente no Brasil e reciprocidade), o cidadão português, além de eleitor, pode ser Governador de Estado, Senador ou Deputado (mas não Presidente de algumas das Casas do Congresso, já que, entre outras, tal função é reservada aos brasileiros natos – art. 12, § 3.º, da CF). Preenchidos os requisitos constitucionais e legais, pode também ser Vereador.

Na prática, hoje, somente o português naturalizado brasileiro tem acesso aos cargos acima citados (e que não exijam a condição de brasileiro nato), pois o art. 15 da Constituição Portuguesa veda a qualquer estrangeiro (inclusive aos provenientes de países de língua portuguesa) o acesso à titularidade dos órgãos de soberania e dos órgãos de governo próprio das regiões autônomas, o serviço das forças armadas e a carreira diplomática. Não há reciprocidade.

A outorga de direitos políticos a brasileiros em Portugal importará suspensão dos mesmos no Brasil com a suspensão das inscrições eleitorais eventualmente existentes (§ 3.º do art. 51 da Resolução TSE n. 20.132/98).

4.6. Revisão do Eleitorado

Quando houver denúncia fundamentada de fraude no alistamento junto a uma zona ou Município, o TRE, observadas as regras determinadas pelo TSE, poderá determinar correição e, provada a fraude em proporção comprometedora, ordenará a revisão do eleitorado com o cancelamento dos títulos que não forem apresentados à revisão (§ 4.º do art. 71 do Código Eleitoral).

O TSE determinará de ofício a revisão sempre que o total de transferências ocorridas no ano em curso for 10% superior ao do ano anterior,

[7] *Direito Constitucional Brasileiro*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 199. p. 25.

quando o eleitorado for superior ao dobro da população entre 10 e 15 anos ou, ainda, quando o eleitorado for superior a 65% da população projetada pelo IBGE para aquele ano (art. 92 da Lei n. 9.504/97 e art. 57 da Resolução TSE n. 20.132/98).

4.7. Condições de Elegibilidade (Capacidade Eleitoral Passiva)

São condições de elegibilidade, na forma da lei:

- a nacionalidade brasileira (observada a questão da reciprocidade, antes destacada quanto aos portugueses, e que apenas alguns cargos são privativos de brasileiros natos);
- o pleno exercício dos direitos políticos;
- o alistamento eleitoral (só pode ser votado quem pode votar, embora nem todos que votam possam ser votados – como o analfabeto e o menor de 18 e maior de 16 anos);
- o domicílio eleitoral na circunscrição (pelo prazo que a lei ordinária federal fixar e que hoje é de um ano antes do pleito, nos termos do art. 9.º da Lei n. 9.504/97);
- a filiação partidária (pelo menos um ano antes das eleições, nos termos do art. 18 da Lei Federal n. 9.096/95);
- a idade mínima de 35 anos para Presidente da República, Vice-Presidente da República e Senador; a idade mínima de 30 anos para Governador e Vice-Governador; a idade mínima de 21 anos para Deputado (Federal, Distrital ou Estadual), Prefeito, Vice-Prefeito e

Juiz de Paz (mandato de 4 anos – art. 98, II, da CF) e a idade mínima de 18 anos para Vereador.

A aquisição da elegibilidade, portanto, ocorre gradativamente.

De acordo com o § 2.º do art. 11 da Lei n. 9.504/97, a idade mínima deve estar preenchida até a data da posse. Há, contudo, entendimento jurisprudencial no sentido de que o requisito da idade mínima deve estar satisfeito na data do pleito.

Não há idade máxima limitando o acesso aos cargos eletivos.

4.8. Direitos Políticos Negativos

Direitos políticos negativos são as circunstâncias que acarretam a perda ou suspensão dos direitos políticos, ou que caracterizam a inelegibilidade, restringindo ou mesmo impedindo que uma pessoa participe dos negócios jurídicos de uma nação.

4.8.1. O cancelamento da inscrição eleitoral

As causas de cancelamento da inscrição eleitoral estão explicitadas no art. 71 do Código Eleitoral. São elas:

I – infração do art. 5.º do Código Eleitoral, o qual veda o alistamento como eleitores dos que não sabem exprimir-se na língua nacional (conceito que não restringe o alistamento e o voto dos deficientes que têm capacidade de expressar sua vontade) ou que estejam privados de seus direitos políticos;

II – infração do art. 42 do Código Eleitoral, que veda o alistamento dos que estão privados, temporária ou definitivamente, dos direitos políticos;

III – a suspensão ou a perda dos direitos políticos;

IV – a pluralidade de inscrições;

V – o falecimento do eleitor, devendo o cartório de registro civil, até o dia 15 de cada mês, enviar ao Juiz eleitoral competente as comunicações dos óbitos dos cidadãos alistados;

VI – deixar de votar em 3 eleições consecutivas. Conforme estabelece o § 3.º do art. 7.º do Código Eleitoral, regulamentado pelo § 3.º do art. 78 da Resolução TSE n. 20.132/98, será cancelada a inscrição do eleitor que se abstiver de votar em três eleições consecutivas, salvo se houver apresentado justificativa para a falta ou efetuado o pagamento da multa, ficando excluídos do cancelamento os eleitores que, por prerrogativa constitucional, não estejam obrigados ao exercício do voto e cuja idade não ultrapasse 80 anos.

Havendo segundo turno, cada um deles será considerado uma eleição para os efeitos de cancelamento ou imposição de multa (inc. V do art. 82 da Resolução n. 20.292/98).

A exclusão do eleitor poderá ser promovida *ex officio* pelo Juiz eleitoral ou a requerimento do MP, de delegado de partido ou de qualquer eleitor. Durante o processo de exclusão, o eleitor poderá votar normalmente. Os votos, se em número suficiente para alterar a representação proporcional ou a classificação dos eleitos pelo princípio majoritário, poderão ser considerados nulos se ao final a decisão excludente tornar-se definitiva.

Autuada a informação, o Juiz eleitoral determinará a publicação de edital, com o prazo de dez dias. O edital é dispensável no caso de falecimento.

Os interessados (inclusive outro eleitor ou delegado de partido – art. 73 do Código Eleitoral) poderão contestar dentro de cinco dias. Se necessárias, serão produzidas provas, em cinco dias. O julgamento se dará em cinco dias, podendo o excluendo, o MP ou delegado de partido recorrer ao TRE em três dias.

4.8.2. As inelegibilidades (que podem ser previstas pela CF ou por lei complementar)

São absolutamente inelegíveis, ou seja, inelegíveis para qualquer cargo eletivo em todo o território nacional, os inalistáveis (incluídos os conscritos referidos no item 2.5. e os estrangeiros) e os analfabetos. O exercício do mandato não afasta a inelegibilidade, conforme estabelece a Súmula n. 15 do TSE.

São relativamente inelegíveis (só atinge a eleição para determinados cargos ou em determinadas regiões) os menores de 35 anos de idade (que não podem ser candidatos a Senador, Presidente da República ou Vice-Presidente da República) e, no território da jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins (afins são os parentes do cônjuge), até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador, de Prefeito ou de quem os haja substituído nos seis meses anteriores ao pleito, salvo se o candidato já for titular de mandato eletivo e concorrer à reeleição (continuidade do mesmo cargo). Os parentes e o cônjuge, porém, são elegíveis para quaisquer cargos fora da jurisdição do respectivo titular do mandato e mesmo para cargo de jurisdição mais ampla. Exemplo: o filho de um Prefeito Municipal pode ser candidato a Deputado, a Senador, a Governador ou a Presidente da República, ainda que não haja desincompatibilização de seu pai (TSE, consulta 6.328 – Classe 10.ª – DF). A hipótese de inelegibilidade em

razão de parentesco ou casamento é conhecida por inelegibilidade reflexa e, quanto à eleição para Chefe do Poder Executivo, perdura a vedação mesmo que o titular do cargo renuncie seis meses antes da eleição (Súmula n. 6 do TSE). Também é possível a eleição de cônjuge ou parente até segundo grau do Chefe do Executivo para cargo eletivo diverso, no mesmo território, desde que haja a desincompatibilização definitiva do Chefe do Executivo seis meses antes do pleito (a Súmula n. 6 do TSE veda candidatura ao mesmo cargo de Chefe do Executivo, ainda que haja desincompatibilização do titular seis meses antes do pleito). A viúva de Chefe do Poder Executivo pode candidatar-se ao mesmo cargo do falecido, pois com a morte cessa a sociedade conjugal.

Não vige mais o impedimento de reeleição (mesmo cargo) do Presidente da República e outros Chefes de Poder Executivo.

Pela EC n. 16/97, que deu nova redação ao § 5.º do art. 14 da CF, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do DF, os Prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos por um único período imediatamente subseqüente. Mesmo com a renúncia antes do término do segundo mandato, o Chefe do Poder Executivo não poderá concorrer a um terceiro mandato imediatamente subseqüente.

Ao contrário da Constituição norte-americana, cujo 22.º Aditamento expressamente estabelece que ninguém poderá ser eleito mais de duas vezes (ainda que alternadamente) para o cargo de Presidente, a nossa CF/88 não impede que alguém cumpra dois mandatos presidenciais (consecutivos ou não), permaneça fora da Presidência da República por quatro anos e volte a ser eleito, admitida novamente a reeleição.

Para concorrerem a cargo diverso dos que ocupam, porém, os Chefes do Executivo devem renunciar aos respectivos mandatos seis meses antes do

pleito (desincompatibilização). Para a reeleição (mesmo cargo), não se exige a desincompatibilização (ADIn n. 1.805/DF).

Até a EC n. 16/97, prevalecia que o Vice do Chefe do Poder Executivo podia concorrer à reeleição ou a qualquer outro cargo (inclusive o de Chefe de Executivo) sem desincompatibilizar-se, desde que nos seis meses anteriores ao pleito não tivesse substituído o titular do cargo Executivo. Se o tivesse sucedido a qualquer tempo, estava inelegível para o mesmo cargo (Consulta n. 115 TSE). Admitida, contudo, a reeleição do próprio Chefe do Poder Executivo, a questão passou a ser analisada de outra forma. O Vice *substitui* o titular no caso de impedimento e *sucede-lhe* no caso de vaga. Enquanto substituto, é Vice. Quando sucede, é Titular do mandato. Não há vedação para que o Vice que *substitui* o Titular concorra a outro cargo (inclusive o do Chefe do Executivo), para tanto, porém, se estiver substituindo o Titular, deve desincompatibilizar-se seis meses antes do pleito, nos termos do § 6.º do art. 14 da CF/88. Hoje, admite-se a reeleição para o titular do mandato, independentemente de afastamento do cargo. Se o Vice, portanto, *sucedeu* o Titular, está exercendo seu primeiro mandato nesta qualidade, podendo concorrer à reeleição sem afastar-se do cargo.

Aos Membros do Legislativo não se impõe qualquer desincompatibilização para que concorram a cargo do Legislativo ou do Executivo.

A LC n. 64/90 e a LC n. 81/94, autorizadas pela CF/88 (§ 9.º do art. 14 da CF), estabelecem outros casos de inelegibilidade a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato e a normalidade e a legitimidade das eleições contra as influências do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na Administração Direta ou Indireta.

4.8.3. Os militares

O militar alistável (exclui o conscrito) é elegível nos seguintes termos:

- se contar com menos de dez anos de serviço militar, deve afastar-se da atividade (passa automaticamente para a reserva – totalidade das pessoas que se conservam à disposição não remunerada das Forças Armadas);
- se contar com mais de dez anos de atividade, o militar será temporariamente agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade (art. 14, § 8.º, da CF), que será remunerada caso o militar eleito preencha os requisitos para ser reformado (espécie de aposentadoria do militar). Caso não seja eleito, o militar que tinha mais de dez anos de serviço ao lançar sua candidatura voltará a exercer suas funções militares.

Agregação é a inatividade provisória de um militar sem que ele deixe de pertencer aos quadros dos efetivos das Forças Armadas.

O militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos (inc. V do § 3.º do art. 142 da CF, na redação da EC n. 18/98). Assim, para poder candidatar-se, deve ser agregado (suspender o exercício do serviço ativo) desde o registro da candidatura até a diplomação (Resolução TSE n. 19978/97).

Conforme consta do REsp n. 112.477/RS (não conhecido), j. 3.6.1997, 6.ª Turma do STJ, "o militar que conta com mais de dez anos de efetivo serviço, candidato a cargo eletivo, será agregado pela autoridade superior, pelo

que tem direito à remuneração pertinente até a sua diplomação". O entendimento apenas garante tratamento igualitário aos servidores militares e civis, mas não é pacífico, pois o art. 98 do CE (parcialmente revogado pelo § 8.º do art. 14 da CF) equipara a agregação às licenças não remuneradas daqueles que se afastam do serviço para tratar de assuntos particulares.

O prazo de filiação partidária exigível do militar candidato é o mesmo da desincompatibilização, ou seja, a partir do registro de sua candidatura seis meses antes do pleito (Resolução TSE n. 19.978/97).

As mesmas regras são aplicáveis aos militares dos Estados, do DF e dos Territórios (§ 1.º do art. 42 da CF/88).

4.9. Impugnação do Mandato Eletivo (§ 10 do Art. 14 da CF)

4.9.1. Auto-aplicabilidade da norma

Dita o § 10 do art. 14 da CF que "o mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de 15 dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude".

Condição essencial para iniciarmos a análise do tema diz respeito à auto-aplicabilidade, ou não, da norma constitucional que dispõe sobre a impugnação do mandato eletivo. Conforme consta dos Acórdãos n. 108.451 e n. 111.129, ambos do TRE/SP, e do Recurso TSE n. 8714 (*DJU* de 30.4.1990), o § 10 do art. 14 da CF/88 é auto-aplicável. De qualquer forma, ainda que se definisse pela sua eficácia limitada, a solução estaria na recepção da legislação infraconstitucional anterior à CF/88 e que já previa a ação de impugnação do

mandato eletivo, conforme o art. 23 da Lei n. 7.493/86 e Lei n. 7.664, de 29.6.1988.

4.9.2. O fundamento e o objeto da ação

O comprometimento objetivo de uma eleição, capaz de justificar a impugnação do mandato eletivo, ocorre com a constatação de vícios especificados pelo constituinte que deformem ou comprometam a legitimidade do mandato popular.

Conforme leciona o Min. Sepúlveda Pertence, no Acórdão TSE n. 11.951, de 14.5.1991, a perda do mandato eletivo é "conseqüência do comprometimento objetivo da eleição por vícios de abuso de poder econômico, corrupção ou fraude". O primeiro dos vícios é o abuso do poder econômico. Poder é a capacidade de afetar o comportamento dos outros. Muitas vezes, até mesmo promessas de pequenos benefícios podem caracterizar o dolo de aproveitamento capaz de viciar o consentimento de um eleitor, de afetar seu comportamento e, ilicitamente, definir o seu voto.

Talvez por perceber que a legitimidade de cada eleição exige a análise do caso concreto, o legislador não definiu o que é a corrupção, a fraude, ou o abuso do poder econômico, político ou de autoridade, garantindo uma fluidez ao conceito capaz de dotar de eficácia e operacionalidade o sistema jurídico eleitoral. Sobre o tema, merece destaque a seguinte exposição de Antonio Carlos Mendes[8]:

"É contrário à noção de operacionalidade estabelecer um rol de proibições, um rol conceitualmente estabelecido de situações de ordens fáticas configuradoras do abuso de poder econômico. Por quê? Porque esta não é a

[8] I Seminário Brasileiro de Direito Eleitoral – *Anais* do TRE do Rio Grande do Sul, 1990. p. 68.

melhor abordagem da teoria do abuso do poder econômico; porque com isso, ao se estabelecer em *numerus clausulus* as hipóteses de abuso de poder econômico, estar-se-ia, é certo, excluindo outras situações fáticas, juridicamente relevantes à configuração deste mesmo abuso".

4.9.3. Legitimidade ativa

Conforme leciona Joel José Cândido[9], "são partes legítimas para propô-la o Ministério Público, os Partidos Políticos e os candidatos, eleitos ou não".

Tito Costa[10] dá maior amplitude a este rol e aceita também que o eleitor, associação de classe e sindicatos figurem no pólo ativo da ação de impugnação de mandato eletivo.

A análise da evolução legislativa quanto à legitimidade ativa para a impugnação de registro de candidatura, instituto da mesma natureza jurídica da impugnação de mandato eletivo, mas que visa impedir que o impugnado participe do próprio certame (art. 97 do CE e arts. 3.º e 22 da LC n. 64/90), indica que, neste caso, está com razão o Prof. Joel José Cândido.

4.9.4. Produção antecipada de provas

A interpretação gramatical da parte final do § 10 do art. 14 da CF pode levar à conclusão de que a petição inicial da ação de impugnação de mandato eletivo necessariamente deve ser instruída com provas pré-constituídas. O entendimento, aliás, teria respaldo em precedentes relacionados ao recurso contra a expedição do diploma (previsto nas hipóteses do art. 262 do CE), já

[9] *Direito Eleitoral Brasileiro.* 1.ª ed. Edipro, 1992. p. 126.
[10] *Ação de Impugnação de Mandato Eletivo.* Revista dos Tribunais, 639/17-21.

que, em relação a este, o TSE reiteradas vezes exigiu a prova pré-constituída (*BE-TSE* 422/555 e 434/508). Ao contrário, contudo, do recurso contra a expedição do diploma, a ação de impugnação de mandato eletivo comporta dilação probatória. Não se veda, portanto, a produção de provas no curso da ação, sendo facultativa a investigação prévia prevista na LC n. 64/90.

4.9.5. Foro competente e o rito da ação

A ação de impugnação de mandato eletivo, em se tratando de mandatos de natureza municipal, deve ser processada e julgada pelo Juiz eleitoral de 1.º grau, não se aplicando o disposto no art. 29, X, da CF (cf. Recurso TSE n. 9.453).

Cuidando-se de mandatos estaduais (Governador e Vice, e também Senador, Deputado Federal, Estadual e Distrital), a competência é do TRE. Quanto aos mandatos dos eleitos no âmbito federal (Presidente da República e Vice), a competência é do TSE. Nesse sentido, as lições de Roberto Amaral e Sérgio Sérvulo da Cunha[11] e de Joel José Cândido. Tito Costa[12] sustenta que a impugnação de mandatos de Senadores e Deputados Federais é de competência originária do TSE.

Quanto ao rito inicial da ação, prevaleceu a tese de aplicação do procedimento ordinário do CPC até que lei específica discipline a matéria. Para os recursos, porém, o prazo é o de três dias (art. 258 do CE). O recurso contra a sentença de primeira instância será de apelação e terá efeito devolutivo e suspensivo, aplicando-se a regra do art. 216 do Código Eleitoral e não a norma prevista em seu art. 257.

---

[11] *Manual das Eleições*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 53.
[12] *Recursos em Matéria Eleitoral*. 4.ª ed. São Paulo: RT. p. 174.

Quando a natureza do vício constatado permitir um cálculo preciso dos votos viciados, a sentença poderá determinar o recolhimento do diploma impugnado e a posse do segundo colocado no pleito. Inviabilizada a hipótese, o Presidente da Câmara Municipal deve assumir a Prefeitura e novas eleições serão convocadas para o prazo de noventa dias.

A ação corre em segredo de justiça, é gratuita (Lei n. 9.507/97) e, segundo prevalece na jurisprudência, a perda do mandato só é efetivada após o trânsito em julgado da decisão final, tese que, na prática, tem fulminado a eficácia da ação e que deve ser revisitada ante o novo instituto da antecipação da tutela. Anote-se, ademais, que a LC n. 86/96, na parte que permitia o exercício do mandato até o julgamento final da ação rescisória contra a decisão que impugnou o mandato eletivo, foi liminarmente suspensa pelo STF (ADIn n. 1459) por violar o princípio da coisa julgada.

Por fim, há que se relembrar que a condenação definitiva por abuso do poder econômico ou político gera a inelegibilidade para qualquer cargo eletivo por três anos contados do término da legislatura, dentro da qual era exercido o mandato (alínea “d” do inc. I do art. 1.º da LC n. 64/90).

4.10. Perda e Suspensão dos Direitos Políticos

É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda (privação definitiva) ou suspensão (privação temporária) se dará nos casos de:

a) Cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado

Conforme foi visto anteriormente, somente os nacionais (natos ou naturalizados) e os portugueses com residência permanente no Brasil

(preenchido o requisito da reciprocidade) podem alistar-se como eleitores e candidatos.

O cancelamento da naturalização é hipótese de perda dos direitos políticos, e a Lei n. 818/49 prevê sua incidência em caso de atividades nocivas ao interesse nacional.

b) Recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa

A recusa de cumprir obrigações a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5.º, VII, da CF/88, implica a perda dos direitos políticos, pois não há hipótese de restabelecimento automático. A Lei n. 8.239/91 incluiu a hipótese como sendo de suspensão dos direitos políticos, pois a qualquer tempo o interessado pode cumprir as obrigações devidas e regularizar a sua situação, posição defendida também por Joel José Cândido.

c) Incapacidade civil absoluta

São as hipóteses previstas na lei civil, em especial no art. 5.º do CC, e supervenientes à aquisição dos direitos políticos. Desde a CF de 1946, a incapacidade civil absoluta está incluída como causa de suspensão dos direitos políticos.

d) Condenação criminal transitada em julgado

A condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos, é causa de suspensão dos direitos políticos.

Nos termos do § 2.º do art. 71 do Código Eleitoral, a autoridade que impuser a um cidadão maior de dezoito anos a privação dos direitos políticos providenciará para que o fato seja comunicado ao Juiz eleitoral competente ou ao TRE da circunscrição em que residir o réu. Observado o art. 51 da Resolução TSE n. 20.132/98, o Juiz eleitoral tomará as providências necessárias para a inclusão dos dados nos cadastros eleitorais.

Cumprida ou extinta a pena, em regra, cessa a suspensão, independentemente de reabilitação ou da reparação dos danos (Súmula n. 9 do TSE). O interessado precisa tão-somente comprovar a cessação do impedimento, nos termos do art. 52 da Resolução TSE n. 20.132/98.

Quanto aos direitos políticos passivos (elegibilidade), há que se observar que os condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, por crimes eleitorais e por tráfico de entorpecentes permanecerão inelegíveis por três anos, após o cumprimento da pena (alínea "e" do inc. I do art. 1.º da LC n. 64/90).

Para o TSE e para o STF (RExt n. 179.502-6/SP), a suspensão dos direitos políticos ocorre em decorrência de crime doloso, culposo ou contravenção.

O TRE/SP já decidiu que a norma é auto-aplicável e que os direitos políticos permanecem suspensos durante o cumprimento do *sursis* (suspensão condicional da pena) e de outros benefícios posteriores à sentença condenatória definitiva (art. 80 do CP). Aquele que, enquanto estava sendo processado, elegeu-se, poderá perder o mandato caso seja definitivamente condenado por crime doloso.

Caso seja verificada a absolvição imprópria (sentença que impõe medida de segurança nos termos do art. 97 do CP e art. 386, V, do CPP), deve ser

aplicada a suspensão dos direitos, pois a medida tem por pressuposto um fato típico e antijurídico.

Na hipótese de condenação criminal de Deputado ou Senador, a perda do mandato decorrente de condenação criminal dependerá de manifestação da casa legislativa respectiva (§ 2.º do art. 55 da CF/88). A inelegibilidade, porém, é imediata.

e) Improbidade administrativa (art. 15, V, da CF)

A improbidade administrativa, prevista no art. 37, § 4.º, da CF, é uma imoralidade caracterizada pelo uso indevido da Administração Pública em benefício do autor da improbidade ou de terceiros, não dependendo da produção de danos ao patrimônio público material. Seu reconhecimento gera a suspensão dos direitos políticos do improbo.

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92) dita que, além das sanções penais, civis e administrativas, o responsável pela improbidade fica sujeito à perda dos bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio, reparação dos danos, perda da função pública e suspensão dos direitos políticos de três a dez anos, de acordo com o tipo do ato praticado (*v.* Boletim IBCCrim 54, de abril de 1997).

f) Condenação por crime de responsabilidade

A condenação por crime de responsabilidade, tipo que será analisado no capítulo do Poder Executivo, pode resultar na inelegibilidade do condenado por até oito anos, mas não afeta o direito de votar, o *jus suffraggi*.

4.11. Dos Partidos Políticos

A CF garante o pluralismo político e o pluripartidarismo, ou seja, observadas as regras do art. 17 da CF, é livre a criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos. Tal liberdade, porém, não é irrestrita, pois todos os partidos devem resguardar a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana.

Desde a Lei n. 9.096/95, os partidos políticos estão expressamente classificados entre as pessoas jurídicas de Direito Privado (art. 16, III, do CC). Para a sua constituição, inicialmente são registrados no Cartório de Registros Civil das Pessoas Jurídicas e, após adquirirem personalidade jurídica, são registrados no TSE.

As principais proibições impostas aos partidos políticos são: receber recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou manter subordinação a estes; utilização de organização paramilitar.

Os partidos têm direito ao fundo partidário (constituído pelas multas aplicadas com base na legislação eleitoral, doações e dotações orçamentárias da União fundadas no número de eleitores – art. 38 da Lei n. 9.096/95) e acesso gratuito ao rádio e à televisão, nos termos da Lei n. 9.504/97. De acordo com o par. ún. do art. 52 da Lei n. 9.096/95, as emissoras de rádio e televisão têm direito à compensação fiscal pela cedência do horário gratuito previsto na Lei n. 9.096/95.

Ao contrário da CF anterior, que até a EC n. 25/85 exigia a fidelidade partidária e previa a perda do mandato para o parlamentar que abandonasse o partido pelo qual fora eleito (art. 152, § 5.º), a CF de 1988 remete a questão da fidelidade partidária ao estatuto de cada partido (art. 17, § 1.º).

Mestres do porte de Walter Ceneviva sustentam ser de bom direito admitir que o estatuto do partido possa prever, mediante processo que assegure plena defesa, a perda de mandato do parlamentar eleito sob a sua legenda que: deixar o partido ou votar contra diretriz partidária legítima.

Outros estudiosos do tema, porém, sustentam que, para os casos de infidelidade e indisciplina partidária, os estatutos partidários podem prever sanções que vão da advertência até a exclusão, mas acrescentam que a CF/88 não permite a perda do mandato por infidelidade partidária (José Afonso da Silva).

Diante do sistema adotado pela legislação eleitoral, que demonstra ser o partido político veículo indispensável para alguém obter um mandato (acolhendo inclusive o sistema proporcional e o quociente partidário para a eleição de Deputados e Vereadores – art. 45 da CF), entende-se que a razão está com Walter Ceneviva, exceto quanto à hipótese de perda do mandato por votar contra as diretrizes partidárias, já que os parlamentares são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos.

Nem mesmo a regra geral de que ninguém é obrigado a associar-se ou a permanecer associado aplica-se na hipótese, pois, no caso específico, a filiação a partido político é obrigatória (pela CF) para alguém disputar um mandato eletivo.

Observa-se, contudo, que a questão é bastante polêmica e que o TRE/SP já deliberou que os estatutos, no máximo, podem impor ao faltoso a expulsão, sem a perda do mandato (Acórdão n. 123. 930, publicado no *DOU* de 1.3.1996, p. 41).

Por outro lado, já na vigência dos arts. 25 e 26 da Lei n. 9.096/95 (que estabelecem a possibilidade de perda do mandato daquele que deixar o partido

pelo qual se elegeu ou votar contra as diretrizes partidárias), o mestre Fávila Ribeiro[13] observa que "a matéria não pode escapar do disciplinamento estatutário, por ser terreno defeso à ingerência da lei, caracterizando-se abuso de poder normativo, por usurpação da competência reservada pela Constituição Federal aos partidos políticos..."

Em síntese, entende-se que somente os estatutos partidários podem prever as hipóteses de infidelidade partidária e suas conseqüências (cláusula de reserva estatutária), ainda assim respeitando a inviolabilidade dos parlamentares quanto às suas opiniões, palavras e votos. Acredita-se, por isso, ser legítima a perda do mandato pelo parlamentar que voluntariamente abandona o partido pelo qual foi eleito, desde que a sanção esteja prevista no estatuto do partido, mas incabível a sanção na hipótese de voto contrário às orientações partidárias.

De acordo com o Conflito de Competência n. 3024-8/SC – STJ, j. de março de 1993, compete à justiça comum (e não à Justiça Eleitoral) julgar ação declaratória de perda do mandato por infidelidade partidária.

[13] *Direito Eleitoral*. 5.ª ed. Rio de Janeiro, 1999. p. 331.

MÓDULO VIII

DIREITO CONSTITUCIONAL

O controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos

DIREITO CONSTITUCIONAL

O Controle de Constitucionalidade das Leis e dos Atos Normativos

1. CONCEITO E OBJETO

O controle de constitucionalidade, conforme bem lecionam Leda Pereira da Mota e Celso Spitzcovsky[1], é o "exame da adequação das normas à Constituição, do ponto de vista material ou formal, de maneira a oferecer harmonia e unidade a todo o sistema".

Em alguns países, o controle é efetivado por uma Corte ou Tribunal Constitucional que não integra qualquer dos Três Poderes e ocupa uma posição de superioridade em relação a eles. Analisado quanto ao órgão controlador, tal critério é denominado controle político.

O controle típico mais comum, no entanto, é o jurisdicional, que recebe tal denominação por ser exercido por um órgão integrado ao Poder Judiciário.

O objetivo do controle da constitucionalidade é preservar a supremacia da Constituição sobre as demais normas do ordenamento jurídico.

De acordo com Michel Temer , "A idéia de controle está ligada, também, à de *rigidez* constitucional. De fato, é nas constituições rígidas que se verifica a superioridade da Norma Magna em relação àquela produzida pelo órgão constituído. O fundamento do controle, nestas, é o de que nenhum ato normativo – que necessariamente dela decorre – pode modificá-la".

[1] *Curso de Direito Constitucional*. 5.ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 38

O conceito de lei inclui as emendas constitucionais e todas as outras normas previstas no art. 59 da Constituição Federal (inclusive as medidas provisórias).

Os atos normativos são os tratados internacionais devidamente inseridos na ordem jurídica nacional, as resoluções e os regimentos internos dos tribunais, as resoluções do Conselho Interministerial de Preços e outros atos do Poder Público de conteúdo obrigatório.

Os tratados internacionais são celebrados pelo Presidente da República. Contudo, para serem incorporados ao ordenamento jurídico nacional, dependem de referendo do Congresso Nacional, via decreto legislativo aprovado por maioria simples e promulgado pelo Presidente do Senado (art. 49, I, da CF), e, por fim, de promulgação e publicação por decreto do Presidente da República (é o decreto presidencial que dá força executiva ao tratado). Um país pode assinar um tratado (se participou desde o início da formalização do pacto) ou aderir a ele (o aderente, em regra, é um país que não negociou nem assinou o pacto no momento de sua formalização), com ou sem reservas. Por reserva entende-se que, em razão da sua soberania, um país pode unilateralmente excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em relação a ele próprio. Normalmente a reserva é incompatível com os tratados bilaterais e só se verifica em tratados multilaterais.

A partir de sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional (com o decreto presidencial), o tratado internacional, ainda que fundado no § 2.º do art. 5.º da Constituição Federal, tem força de lei infraconstitucional ordinária e como tal está sujeito ao controle de sua constitucionalidade (cf. STF, HC n. 72.131, j. 23.11.1995). Portanto, entre nós adotou-se a teoria dualista e não a teoria monista (pela qual a ordem jurídica interna deve se ajustar ao Direito Internacional)

Quanto à solução para o conflito entre leis e tratados, devem ser utilizados dois critérios. Em primeiro lugar, o da especialidade, fazendo com que normas de natureza especial tenham prevalência sobre as normas gerais, inclusive aquelas que lhes são posteriores (HC n. 58.727, STF). Caso o conflito não seja solucionado pelo critério da especialidade, deve ser observado o critério temporal, garantindo-se a prevalência da última manifestação do legislador nacional (considerada a data da vigência da lei e do tratado, conforme já decidiu o STF, por maioria, no julgamento do RE 80.004, *RTJ*, 1978, vol. 83, p. 809-848). Parte da doutrina, porém, sustenta tese diversa, afirmando que os tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos ingressam em nosso ordenamento jurídico nacional com força de norma constitucional. A respeito do tema, merece destaque o trabalho de Flávia Piovesan[2].

As medidas provisórias também estão sujeitas ao controle de sua constitucionalidade, inclusive por via de ação direta. Os conceitos de relevância e urgência decorrem de juízo discricionário do Presidente da República, só admitindo controle judiciário se houver evidente abuso de poder.

A inconstitucionalidade é material, substancial, quando o vício diz respeito ao conteúdo da norma. É a inconstitucionalidade *nomoestática*, segundo definição de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior.

A inconstitucionalidade é formal, extrínseca, quando se verifica que o vício está na produção da norma, no processo de elaboração, que vai desde a iniciativa até a sua inserção no ordenamento jurídico. É a inconstitucionalidade *nomodinâmica*, segundo definição de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior.

---

[2] *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996

As súmulas, atualmente, não estão sujeitas ao controle da constitucionalidade, pois não possuem efeito normativo (vinculante, obrigatório).

Quanto aos decretos, mostram-se necessárias as seguintes observações:

O decreto, espécie mais comum dos atos regulamentares, costuma ser definido como o ato administrativo de competência exclusiva do chefe do Poder Executivo (federal, estadual ou municipal), destinado a dar eficácia a situações gerais ou especiais previstas de forma explícita ou implícita na lei. Não tem força, portanto, para criar direitos ou extinguir obrigações, ou seja: no que for além da lei, não obriga; no que for contra a lei, não prevalece. Prepondera, portanto, que a Constituição Federal de 1988 só admite o decreto regulamentar, também chamado de decreto de execução, ou seja, aquele que se limita a facilitar a execução da lei e a organizar o funcionamento da Administração (arts. 5.º, II; 49, V, e 84, IV, todos da CF). Algumas vezes a Constituição Federal traz expressões como “a lei disporá” ou “a lei regulará”, indicando que no caso vigora o princípio da reserva legal e que somente uma lei formal pode disciplinar determinada matéria, não sendo possível o emprego do decreto para regulamentar estas hipóteses. Nesse sentido, as lições de José Afonso da Silva, Celso Bastos e Celso Antônio Bandeira de Mello. Alguns autores (doutrina minoritária), no entanto, admitem o decreto denominado autônomo ou independente, o decreto que visa suprir a omissão do legislador dispondo sobre matéria ainda não especificada em lei e que não esteja sujeita ao princípio da reserva legal. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles[3]. Eventualmente pode se verificar a irregular edição de decretos autônomos, independentes (que não regulamentam qualquer lei e criam obrigações),

---

[3] *Direito Administrativo brasileiro*. 25.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 169.

quando então poderá ser admitido o exame de sua constitucionalidade (*RT* 689/281 e *RTJ* 142/718, STF). O confronto com a CF deve ser direto.

Normalmente, porém, o que se verifica é uma verdadeira *insubordinação executiva*, com o decreto extrapolando ou afrontando a lei que deveria regulamentar. Nessa hipótese, o que se tem é uma ilegalidade (*crise de legalidade*) e não uma inconstitucionalidade, mostrando-se incabível a ação direta de inconstitucionalidade (*RT* 683/201).

2. CONTROLE PREVENTIVO DA CONSTITUCIONALIDADE

O controle preventivo da constitucionalidade dos projetos de emendas à Constituição Federal e dos projetos de lei federal, que tem por objetivo evitar que normas inconstitucionais ingressem no ordenamento jurídico, em primeiro lugar é feito pelas comissões da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (em especial a Comissão de Constituição e Justiça e Redação da Câmara e a Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania do Senado).

Os pareceres negativos das Comissões de Constituição e Justiça costumam ser terminativos, acarretando a rejeição e o arquivamento do projeto. Os próprios regimentos internos da Câmara e do Senado, porém, admitem que os projetos rejeitados pelas comissões sejam levados para votação se o plenário der provimento a recurso nesse sentido, apresentado por um décimo dos membros da Casa respectiva.

O controle preventivo também pode ser efetivado pelo Presidente da República, via sanção e veto. Sanção e veto são atos privativos dos chefes do Poder Executivo. O veto baseado na inconstitucionalidade é denominado veto

jurídico; quando fundado no argumento de que a norma contraria o interesse público, o veto é denominado veto político.

Excepcionalmente, o controle preventivo da constitucionalidade é feito pelo Poder Judiciário (normalmente via mandado de segurança impetrado por um parlamentar que não deseja participar de um ato viciado), quando a tramitação do projeto fere disposições constitucionais (vício formal). Relembre-se, porém, que o STF não tem admitido mandado de segurança quando a violação diz respeito a disposições regimentais (regimento interno da Câmara ou do Senado).

3. CONTROLE REPRESSIVO DA CONSTITUCIONALIDADE

O controle repressivo da constitucionalidade, que visa expulsar as normas inconstitucionais do ordenamento jurídico, atipicamente, é feito pelo Poder Legislativo, que tem poderes para editar decreto legislativo sustando atos normativos do Presidente da República que exorbitem o poder regulamentar ou os limites da delegação legislativa (inc. V do art. 49 da CF). O Congresso também pode rejeitar medida provisória por entendê-la inconstitucional.

De acordo com a Súmula n. 347 do STF, mesmo os Tribunais de Contas, órgãos normalmente classificados como auxiliares do Poder Legislativo, podem, no exercício de suas atribuições, apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público no caso concreto.

Ainda excepcionalmente, admite-se que, por ato administrativo expresso e formal, o chefe do Poder Executivo (mas não os seus subalternos) negue

cumprimento a uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional até que a questão seja apreciada pelo Poder Judiciário, conforme já decidiu o STF (*RTJ* 151/331). No mesmo sentido:

"Tribunal de Justiça de São Paulo

MANDADO DE SEGURANÇA – Ato administrativo – Prefeito Municipal – Sustação de cumprimento de Lei Municipal – Disposição sobre reenquadramento de servidores municipais em decorrência do exercício de cargo em comissão – Admissibilidade – Possibilidade de a Administração negar aplicação a uma lei que repute inconstitucional – Dever de velar pela Constituição que compete aos três Poderes – Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores – Segurança denegada – Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não se há de negar ao chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresso declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste." (Apelação Cível n. 220.155-1, Campinas, Rel. Gonzaga Franceschini, CCIV 3, v. u., 14 Juis Saraiva 21).

4. CONTROLE DIFUSO E CONTROLE CONCENTRADO DA CONSTITUCIONALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO (CONTROLE REPRESSIVO TÍPICO)

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos

normativos, também chamado de controle repressivo típico, pode se dar pela via de defesa (também chamado de controle difuso, aberto, incidental e de via de exceção) e pela via de ação (também chamada de controle concentrado, reservado, direto ou principal).

5. A VIA DE EXCEÇÃO

Pela via de exceção (controle difuso), qualquer Juiz ou Tribunal que estiver analisando um caso concreto deve manifestar-se sobre a inconstitucionalidade alegada ou verificada. Vale dizer: qualquer órgão judicante singular, Tribunal Estadual ou Tribunal Federal, por provocação ou de ofício, tem competência para apreciar a constitucionalidade das leis e atos normativos pela via de exceção.

Essa manifestação, contudo, só é legítima quando indispensável para que se chegue ao julgamento do mérito do processo. A declaração de inconstitucionalidade, portanto, não é o objeto principal do processo, mas a apreciação do incidente é essencial para que o pedido seja analisado. Por isso, diz-se que o procedimento é *incidenter tantum*, ou seja, a exceção é apreciada como incidente da ação e, após resolvê-la, o Juiz julga o pedido principal (v. *RTJ* 95/102).

O efeito da declaração no controle difuso é *inter partes*, só valendo para o caso concreto e a decisão tem eficácia *ex tunc*, ou seja, retroativa.

A questão da inconstitucionalidade de Lei Federal, Estadual, Distrital ou Municipal reconhecida pelo controle difuso pode chegar ao Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário (art. 102, III, “a”, “b” e “c” da CF). Reconhecida incidentalmente por decisão definitiva do Supremo Tribunal

Federal, a inconstitucionalidade deve ser comunicada ao Senado, o qual, no momento em que julgar oportuno, editará Resolução (art. 52, X, da CF) suspendendo, no todo ou em parte, a execução da lei ou ato normativo federal, estadual, distrital ou municipal (o Senado age como órgão nacional e não federal). Segundo prevalece, a suspensão se dá com eficácia *ex nunc* para aqueles que não foram parte no processo que gerou a declaração incidental. A lei suspensa permanece vigente, mas é ineficaz. Sua revogação depende de nova lei, cuja elaboração contará também com a participação da Câmara dos Deputados e do Presidente da República (via sanção ou veto).

O Senado não está obrigado a editar a resolução suspensiva, conforme já reconheceu o próprio Supremo Tribunal Federal.

P.: Pode o Senado, em face da redação do inc. X do art. 52 da Constituição Federal, suspender apenas parcialmente a eficácia de uma lei que o Supremo Tribunal Federal julgou totalmente inconstitucional?

R.: Entendemos que não, pois dessa forma o Senado estaria interpretando decisão do Supremo, podendo até mesmo modificar-lhe o sentido ou restringir-lhe os efeitos (nesse sentido o MS – STF, 16512).

A expressão "no todo ou em parte", referida em nosso ordenamento constitucional desde a CF/46, significa que, se o Supremo Tribunal Federal julgar uma norma parcialmente inconstitucional, o Senado poderá suspender sua execução nessa mesma extensão.

Michel Temer sustenta que "o Senado não está obrigado a suspender a execução da lei na mesma extensão da declaração efetivada pelo STF", posição também adotada por Rodrigo Lopes Lourenço[4].

[4] *O controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 109

5.1. O Controle da Constitucionalidade em Ação Civil Pública

Há restrições quanto ao controle de constitucionalidade de uma lei em ação civil pública ou em ação popular, sob o argumento de que a decisão dessas tem eficácia *erga omnes* (no caso de ação civil pública, nos limites da competência territorial do órgão prolator). O que se busca vedar, na verdade, é que essas ações sejam um sucedâneo da ADIN ou da ADECON.

Conforme consta do *Informativo STF* n. 212, de 1.º de dezembro de 2000 (Assessoras responsáveis: Dras. Maria Ângela Santa Cruz Oliveira e Luciana Diniz Rocha Farah), admite-se o controle difuso da constitucionalidade via ação civil pública.

No julgamento do pedido de liminar na Reclamação n. 1.733-SP, Rel. o Min. Celso de Mello, mencionado no boletim informado, destacou-se que *"o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal...*

A discussão em torno desse tema impõe algumas reflexões, que, por necessárias, apresentam-se indispensáveis à apreciação da controvérsia suscitada nessa sede processual. É inquestionável que a utilização da ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, além de traduzir situação configuradora de abuso do poder de demandar, também caracterizará hipótese de usurpação da competência do Supremo Tribunal

Federal. Esse entendimento – que encontra apoio em autorizado magistério doutrinário (Arnoldo Wald, Usos e abusos da Ação Civil Pública – Análise de sua Patologia, Revista Forense, vol. 329/3-16; Arruda Alvim, Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação, vários autores, RT, 1995, p. 152-162; Hugo Nigro Mazzilli, A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 12.ª ed., Saraiva, 2000, p. 115/116, item n. 7; Alexandre de Moraes, Direito Constitucional, 7.ª ed., Atlas, 2000, p. 565-567, item n. 9.1.4; Gilmar Ferreira Mendes, Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade, 2.ª ed., 1999, p. 396-403, item 6.4.22.ª ed., 1999, Celso Bastos Editor:; José dos Santos Carvalho Filho, Ação Civil Pública, 2.ª ed., Lumen Juris, 1999, p. 74-77, item n. 8, v.g.) – reflete-se, por igual, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, no entanto, somente exclui a possibilidade do exercício da ação civil pública, quando, nela, o autor deduzir pretensão efetivamente destinada a viabilizar o controle abstrato de constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo (RDA 206/267, Rel. Min. Carlos Velloso – Ag n. 189.601-GO (AgRg), Rel. Min. Moreira Alves).

Se, contudo, o ajuizamento da ação civil pública visar não à apreciação da validade constitucional de lei em tese, mas objetivar o julgamento de uma específica e concreta relação jurídica, aí, então, tornar-se-á lícito promover, incidenter tantum, o controle difuso de constitucionalidade de qualquer ato emanado do Poder Público. Incensurável, sob tal perspectiva, a lição de Hugo Nigro Mazzilli (O Inquérito Civil, 2.ª ed., Saraiva, 2000, p. 134, item n. 7):

‘Entretanto, nada impede que, por meio de ação civil pública da Lei n. 7.347/85, se faça, não o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis, mas, sim, seu controle difuso ou incidental. (...) assim como ocorre nas ações populares e mandados de segurança, nada impede que a inconstitucionalidade de um ato normativo seja objetada em

ações individuais ou coletivas (não em ações diretas de inconstitucionalidade, apenas), como causa de pedir (não o próprio pedido) dessas ações individuais ou dessas ações civis públicas ou coletivas.' (grifei)

É por essa razão que o magistério jurisprudencial dos Tribunais – inclusive o do Supremo Tribunal Federal (Rcl n. 554-MG, Rel. Min. Maurício Corrêa; Rcl 611-PE, Rel. Min. Sydney Sanches, v.g.) – tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial indispensável à resolução do litígio principal, como corretamente assinalado pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RT 722/139):

'Apresenta-se lesivo à ordem jurídica o ato de Município com menos de três mil habitantes, que, a pretexto de organizar a composição do legislativo, fixa em 11 o número de Vereadores, superando o mínimo de 9 previsto pelo art. 29, IV, "a", da CF. Controle difuso ou incidental expressamente permitido (CF, arts. 97, 102, III, "a", "b" e "c" e par. ún., 42, X, 105, III, "a", "b" e "c").

Ininvocabilidade de direito eleitoral adquirido.'

Assentadas tais premissas, entendo que a espécie ora em exame não configura situação caracterizadora de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, pois a controvérsia pertinente à validade jurídico-constitucional do art. 8.º da Lei Orgânica do Município de Sorocaba/SP foi suscitada, incidentalmente, no processo de ação civil pública, como típica questão prejudicial, necessária ao julgamento da causa principal, cujo objeto identifica-se com o pedido de redução, para catorze (14), do número de Vereadores à Câmara Municipal (fls. 117).

Cabe referir, neste ponto, que, além de revelar-se plenamente cabível o controle incidental de constitucionalidade de leis municipais em face da Constituição da República (RTJ 164/832, Rel. Min. Paulo Brossard), assiste, ao Magistrado singular, irrecusável competência, para, após resolução de questão prejudicial, declarar, monocraticamente, a inconstitucionalidade de quaisquer atos do Poder Público:

'Ação declaratória. Declaração incidenter tantum de inconstitucionalidade. Questão prejudicial. O controle da constitucionalidade por via incidental se impõe toda vez que a decisão da causa o reclame, não podendo o Juiz julgá-la com base em lei que tenha por inconstitucional, senão declará-la em prejudicial, para ir ao objeto do pedido. Recurso extraordinário conhecido e provido' (RTJ 97/1191, Rel. Min. Rafael Mayer – grifei).

Tendo-se presente o contexto em que proferida a sentença que julgou procedente a ação civil pública promovida pelo Ministério Público da comarca de Sorocaba/SP, constata-se que o objeto principal desse processo coletivo não era a declaração de inconstitucionalidade do art. 8.º da Lei Orgânica do Município.

Ao contrário, a alegação de inconstitucionalidade da norma legal em referência foi invocada como fundamento jurídico (causa petendi) do pedido, qualificando-se como elemento causal da ação civil pública, destinado a provocar a instauração de questão prejudicial, que, decidida incidentemente pelo Magistrado local, viabilizou o acolhimento da postulação principal deduzida pelo Ministério Público, consistente na redução do número de Vereadores à Câmara Municipal (fls. 117).

Nem se diga, de outro lado, que a sentença proferida pelo Magistrado local poderia vincular, no que se refere à questionada declaração de inconstitucionalidade, todas as pessoas e instituições, impedindo fosse

renovada a discussão da controvérsia constitucional em outras ações, ajuizadas com pedidos diversos ou promovidas entre partes distintas.

É que, como se sabe, não faz coisa julgada, em sentido material, 'a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo' (CPC, art. 469, III).

Na realidade, os elementos de individualização da ação civil pública em causa não permitem que venha ela, na espécie ora em exame, a ser qualificada como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, pois, ao contrário das conseqüências que derivam do processo de controle normativo abstrato (RTJ 146/461, Rel. Min. CELSO DE MELLO), não se operará, por efeito da autoridade da sentença proferida pelo Magistrado local, a exclusão definitiva, do sistema de direito positivo, da regra legal mencionada, pelo fato de esta, no caso ora em análise, haver sido declarada inconstitucional, em sede de controle meramente difuso.

Mais do que isso, o ato sentencial em causa também estará sujeito, em momento procedimentalmente oportuno, ao controle recursal extraordinário do Supremo Tribunal Federal, cuja atividade jurisdicional, por isso mesmo, em momento algum, ficará bloqueada pela existência da ora questionada declaração incidental de inconstitucionalidade.

Os aspectos que venho de ressaltar – enfatizados em irrepreensível magistério expendido por OSWALDO LUIZ PALU ("Controle de Constitucionalidade – Conceitos, Sistemas e Efeitos", p. 220/224, item n. 9.7.2, 1999, RT) – foram rigorosamente expostos por PAULO JOSÉ LEITE FARIAS ("Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade", in Caderno Direito e Justiça, Correio Braziliense, edição de 2.10.2000, p. 3):

'Na ação civil pública, o objeto principal, conforme já ressaltado, é o

interesse público, enquanto que, na ação direta de inconstitucionalidade, o objeto principal e único é a declaração de inconstitucionalidade com força de coisa julgada material e com eficácia erga omnes.

Na ação civil pública, a inconstitucionalidade é invocada como fundamento, como causa de pedir, constituindo questão prejudicial ao julgamento do mérito. Na ação civil pública, a constitucionalidade é questão prévia (decidida antes do mérito da ação principal) que influi (prejudica) na decisão sobre o pedido referente à tutela do interesse público. É decidida incidenter tantum, como premissa necessária à conclusão da parte dispositiva da sentença.

Uma vez que a coisa julgada material recai apenas sobre o pedido, e não sobre os motivos, sobre a fundamentação da sentença, nada obsta que a questão constitucional volte a ser discutida em outras ações com pedidos e/ou partes diversos. Nesse sentido, é cristalina a Legislação Processual Civil em seu art. 469, verbis:

'Art. 469. Não fazem coisa julgada:

(...)

III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.'

A ação direta de inconstitucionalidade é instrumento do controle concentrado da constitucionalidade; por outro lado, a ação civil pública, como todas as ações individuais ou coletivas, mesmo sendo um instrumento de

processo objetivo para a defesa do interesse público, é instrumento de controle difuso de constitucionalidade.

Observe-se, ainda, que, na ação civil pública, a eficácia erga omnes da coisa julgada material não alcança a questão prejudicial da inconstitucionalidade, é de âmbito nacional, regional ou local, conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano. Na ação direta, a declaração de inconstitucionalidade faz coisa julgada material erga omnes no âmbito de vigência espacial da lei ou ato normativo impugnado (nacional ou estadual).

Ademais, as ações civis públicas estão sujeitas a toda cadeia recursal prevista nas leis processuais, onde se inclui o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, enquanto que as ações diretas são julgadas em grau único de jurisdição. Portanto, a decisão proferida na ação civil pública no que se refere ao controle de constitucionalidade, como qualquer ação, se submete, sempre, ao crivo do egrégio Supremo Tribunal, guardião final da Constituição Federal.

Finalmente, a ação civil pública atua no plano dos fatos e litígios concretos, através, notadamente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe assegurem eficácia prático-material. A ação direta de inconstitucionalidade, de natureza meramente declaratória, limita-se a suspender a eficácia da lei ou ato normativo em tese.

Não se confundem, pois, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação civil pública, não ocorrendo, in casu, usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. (grifei)...".

6. A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO

Quer pela via de ação, quer pela via de exceção, somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros (ou do respectivo órgão especial – inc. XI do art. 93 da CF) os Tribunais poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (a constitucionalidade pode ser reconhecida pelo órgão fracionário – Turma ou Câmara). É a chamada Cláusula de Reserva de Plenário (art. 97 da CF).

Assim, argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à Turma ou Câmara. Rejeitada a alegação (ou seja, não reconhecida a inconstitucionalidade), prosseguirá o julgamento. Por outro lado, se for acolhida (reconhecida a inconstitucionalidade pelo órgão fracionário), será lavrado acórdão, a fim de que a questão seja submetida ao Tribunal pleno (ou órgão especial). Caso o órgão especial ou o pleno do Tribunal (ou do STF) já tenha se manifestado pela inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em análise, dispensa-se nova manifestação, nos termos do par. ún. do art. 481 do CPC (acrescido pela Lei n. 9.756/98).

O § 5.º do art. 90 da Constituição do Estado de São Paulo praticamente repete o art. 97 da Constituição Federal. Explicita, porém, em regra que não prevalece, que a maioria absoluta dos membros de um Tribunal ou respectivo órgão especial somente é exigida para ação de inconstitucionalidade em ação direta, em ação que produza efeitos *erga omnes*.

Os órgãos recursais de segundo grau dos Juizados especiais (denominados Turmas Recursais), que a exemplo do Estado de São Paulo muitas vezes estão situados em circunscrições judiciárias distintas (Santos,

Ribeirão Preto, Presidente Prudente, capital etc.), não estão equiparados aos Tribunais nem sujeitos à cláusula de reserva de plenário.

7. O SISTEMA DE CONTROLE CONCENTRADO

No sistema concentrado (ação direta), poucos têm legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade (art. 103 da CF) e, na esfera federal, o único órgão com competência para conhecer do pedido e julgá-lo é o Supremo Tribunal Federal. A ação direta de inconstitucionalidade costuma ser denominada ADIn.

Os legitimados (Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do DF, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional) são classificados em universais, genéricos (podem propor a ação sobre qualquer matéria) e temáticos, específicos (que devem demonstrar que a pretensão por eles deduzida guarda relação de pertinência direta com os seus objetivos institucionais – pertinência temática).

São legitimados temáticos as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional, a mesa da Assembléia Legislativa (ou da Câmara Distrital do DF) e o Governador de Estado (ou do DF). Os demais são legitimados universais (cf. ADIn n. 1.096).

Quanto às confederações sindicais, há que se observar a prevalência do

entendimento segundo o qual as centrais sindicais ou de trabalhadores (a exemplo da CUT, Força Sindical e CGT) não possuem legitimidade ativa, pois não congregam federações sindicais ou trabalhadores de atividades idênticas, similares ou conexas. Nesse sentido, com votos vencidos dos Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, merece destaque a seguinte decisão:

"Supremo Tribunal Federal

DESCRIÇÃO: Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar.

NÚMERO: 928

JULGAMENTO: 1.9.1993

EMENTA

Ação direta de inconstitucionalidade. Legitimidade ativa. Confederação Sindical. Confederação Geral dos Trabalhadores – CGT. Art. 103, IX, da Constituição Federal.

1. A CGT, embora se auto denomine Confederação Geral dos Trabalhadores, não é, propriamente, uma Confederação Sindical, pois não congrega federações de sindicatos que representem a maioria absoluta de um grupo de atividades ou profissões idênticas, similares ou conexas.

2. Também não é propriamenteuma entidade de classe, pois não congrega apenas os integrantes de uma determinada atividade ou categoria profissional ou econômica.

3. É, sim, uma Central Geral de Trabalhadores, ou seja de todas as categorias de trabalhadores.

4. Não sendo, assim, uma Confederação Sindical nem uma entidade de classe de âmbito nacional, não tem legitimidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, IX, da Constituição Federal).

Precedentes.

Ação não conhecida, por ilegitimidade ativa ad-causam.

PUBLICAÇÃO: DJ, Data 8.10.1993, pp. 21012, Ement, Vol. 01720-01, pp. 00110

RELATOR: Sydney Sanches

SESSÃO: TP – Tribunal Pleno

(Juis Saraiva 21)

Confederações sindicais são aquelas integradas por no mínimo três federações (de empregados, de empregadores ou mesmo de profissionais liberais) e que tenham sede na Capital Federal, conforme estabelece o art. 535 da CLT.

Na vigência da Constituição Federal de 1967, o único legitimado era o Procurador-Geral da República.

Entidade de classe de âmbito nacional é aquela com representatividade em, no mínimo, 1/3 dos Estados (9 Estados, no mínimo), sendo o STF bastante restritivo na interpretação da legitimidade desses entes.

Quanto aos partidos políticos, a legitimidade deve ser reconhecida ainda que o partido esteja representado em apenas uma das duas casas parlamentares (Câmara ou Senado).

7.1. O Processamento da ADIn com Pedido de Medida Cautelar

A petição inicial, nos termos da Lei Federal n. 9.868/99, deve indicar o dispositivo legal impugnado, a causa de pedir e o pedido.

Indeferida a petição inicial, cabe recurso de agravo, no prazo de 05 dias.

Caso a norma apontada como inconstitucional possa causar lesão irreparável, é possível a concessão de medida cautelar suspendendo sua eficácia até a decisão final (art. 102, I, “p”, CF). Para a concessão da cautelar, cujo objetivo principal é garantir a eficácia da decisão final, deve ser demonstrada a relevância jurídica do pedido e o *periculum in mora* (normalmente caracterizado pelo risco de dano irreparável caso a cautelar não seja deferida).

Ao tratar da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, o art. 10 da Lei n. 9.868/99 estabeleceu que, salvo no período de recesso, a medida cautelar será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal (6 dos 11 ministros), se presentes ao menos oito deles. Prevê, ainda, a audiência prévia do órgão ou autoridade do qual emanou o ato (dispensável em caso de excepcional urgência), que deverá pronunciar-se em cinco dias. Para a apreciação do pedido cautelar, faculta-se ao relator determinar a manifestação prévia do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, no prazo comum de três dias. A decisão cautelar tem efeito *erga omnes* e eficácia *ex nunc*, em respeito à presunção relativa de constitucionalidade das leis. O Tribunal, porém, com base no § 1.º do art. 11 da Lei n. 9.868/99, pode lhe conferir eficácia retroativa (*ex tunc*).

Concedida a medida cautelar, torna-se aplicável a legislação anterior, acaso existente, salvo expressa manifestação do Tribunal em sentido contrário. As relações jurídicas formalizadas antes da suspensão das normas somente

serão desconstituídas após o julgamento definitivo da matéria questionada.

Havendo pedido de medida cautelar, o relator do processo, em face da relevância da matéria e do seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá fixar o prazo de dez dias para a prestação das informações, cinco dias para a manifestação sucessiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República e submeter o processo (ou seja, a própria ação direta de inconstitucionalidade e não apenas o pedido de cautelar) diretamente ao julgamento do Tribunal (art. 12 da Lei n. 9.868/99).

7.2. Prosseguimento da Ação

Após apreciar o pedido cautelar eventualmente apresentado e não sendo a hipótese de aplicação do art. 12 da Lei n. 9.868/99, ou caso não haja pedido cautelar na ADIn, o relator requisitará informações ao órgão ou à autoridade da qual emanou o ato (legislativo e/ou executivo ou judiciário), que disporá de 30 dias para prestá-las (art. 6.º, par. ún., da Lei n. 9.868/99).

Prestadas ou não as informações, a defesa da norma legal impugnada (federal ou estadual) será feita pelo Advogado-Geral da União (art. 103, § 3.º, da CF), em 15 dias. Em seguida será colhido o parecer do Procurador-Geral da República, que também dispõe de 15 dias para se manifestar (art. 8.º da Lei n. 9.868/99).

Superada a fase anterior, o relator poderá lançar o seu relatório e solicitar dia para o julgamento ou, em caso de necessidade de esclarecimento de algum fato, requisitar informações adicionais, designar perícia ou fixar data para, em audiência pública, ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria. O relator poderá, ainda, solicitar informações a outros Tribunais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua

jurisdição. As informações, perícias e audiências serão realizadas em trinta dias.

A decisão final somente é tomada se presentes ao menos oito ministros na sessão do julgamento; exige-se *quorum* de maioria absoluta (06 dos onze ministros devem deliberar se a norma é ou não inconstitucional) e tem efeito *erga omnes*. Ou seja, declarada a inconstitucionalidade em ação direta, a lei torna-se inaplicável para todos, não havendo sequer necessidade da suspensão de sua eficácia pelo Senado Federal (esta é exigida apenas quando o controle de constitucionalidade se der na via de exceção).

Prevalece que a suspensão prevista no art. 52, X, da Constituição Federal só é necessária quando a decisão do Supremo Tribunal Federal se deu *inter partes*, vale dizer, em controle difuso que chegou ao Supremo Tribunal Federal via recurso extraordinário. No controle difuso, a decisão do Supremo Tribunal Federal terá efeito *ex tunc* para o caso concreto, mas a decisão do Senado (instrumentalizada por Resolução) terá eficácia *ex nunc*, para os que não participaram do processo.

Caso estejam ausentes ministros em número que possa influir no julgamento (por exemplo, na hipótese de 9 ministros presentes, estando a votação em 5X4), este será suspenso até que se atinja o número necessário para uma decisão por maioria absoluta.

O par. ún. do art. 28 da Lei Ordinária n. 9.868/99 estabelece que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de uma lei tem efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração pública federal, estadual e municipal.

A disposição que dá efeito vinculante também nas decisões decorrentes de uma ADIn é de duvidosa constitucionalidade, pois a CF só garante esse

efeito às decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações declaratórias de constitucionalidade – ADECON – (§ 2.º do art. 102 da CF). Sustenta-se, hoje, que o efeito vinculante em decisão decorrente de ADIn só é possível nas hipóteses em que a decisão pudesse ter sido tomada em uma ADECON.

Proposta a ação direta, não se admite a desistência. É o princípio da indisponibilidade.

Não cabe intervenção de terceiros em ADIn.

Da decisão da ADIn não cabe recurso (exceto embargos de declaração ou ação rescisória).

O ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade não está sujeito a prazo prescricional ou decadencial (Súmula n. 360 do STF). Há que se observar, porém, que normas anteriores à Constituição Federal vigente e com ela incompatíveis devem ser consideradas não recepcionadas (revogadas pela nova CF) e não inconstitucionais. A questão, atualmente, pode ser objeto de argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Em regra, a declaração definitiva de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo tem eficácia *ex tunc*. Ou seja, a lei ou o ato são considerados nulos desde o seu nascimento, não devendo por isso produzir qualquer efeito.

Excepcionalmente, porém, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou do ato normativo em ação direta de inconstitucionalidade, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros (oito dos onze ministros têm de votar nesse sentido), restringir os efeitos daquela declaração (dando-lhe efeito que não seja o *erga omnes*) ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que

venha a ser fixado.

A atuação do STF está limitada ao pedido. Eventualmente, porém, pode existir o que Gomes Canotilho[5] denomina *inconstitucionalidade conseqüencial ou por arrastamento*, ou seja, o Supremo Tribunal Federal, além de examinar a norma explicitamente questionada, aprecia também a constitucionalidade das normas dela decorrentes ou a ela conexas.

7.3. O Controle da Constitucionalidade das Leis e Atos Normativos Estaduais e Municipais

Enquanto compete ao Supremo Tribunal Federal, privativamente, processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital (quando a lei ou ato normativo do DF decorrer do exercício de sua competência estadual e não do exercício de sua competência municipal) em face da Constituição Federal (102, I, "a", da CF), compete ao Tribunal de Justiça de cada Estado-membro exercer o controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos estaduais e municipais perante as respectivas Constituições Estaduais (art. 125, § 2.º, da CF), vedada a atribuição da legitimidade de agir a um único órgão.

Em São Paulo, a matéria é tratada no art. 90 da Constituição Estadual, que atribui a legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade ao Governador do Estado ou à mesa da Assembléia Legislativa, Prefeito ou Mesa da Câmara Municipal, Procurador-Geral da Justiça, Conselho da Seção Estadual da OAB, entidades sindicais ou de classe, de atuação estadual ou municipal, demonstrado seu interesse jurídico no caso, partidos políticos com representação na Assembléia Legislativa, ou, em se tratando de leis ou atos

[5] *Direito Constitucional*. Coimbra, 1991, p. 788, *in* Rodrigo Lopes Lourenço, *op. cit*., p. 80.

normativos municipais, a respectiva Câmara.

O inc. XI do art. 74 da Constituição do Estado de São Paulo, que dispunha sobre a competência do Tribunal de Justiça do Estado para julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da CF, foi suspenso por ação direta de inconstitucionalidade (ADIn n. 347, STF). Do contrário, um Tribunal estadual estaria produzindo uma decisão com efeito *erga omnes* na sua área de competência, vinculando até mesmo o Supremo Tribunal Federal.

Hoje, portanto, inexiste ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal, devendo o controle ser feito pela via da exceção. Na prática, porém, muitas vezes a regra da Constituição Federal está exposta também na Constituição Estadual, circunstância que acaba por autorizar a propositura da ação direta de inconstitucionalidade da lei municipal, agora em face da Constituição Estadual, junto ao Tribunal de Justiça.

Caso a mesma lei estadual esteja sendo questionada no Tribunal de Justiça (por afrontar a Constituição Estadual) e no Supremo Tribunal Federal (por ofensa à CF), suspende-se a ação proposta no Tribunal de Justiça até o julgamento da questão pelo Supremo Tribunal Federal.

Se eventualmente a ADIn tiver por base norma da Constituição Estadual que repita norma da Constituição Federal, a decisão do Tribunal de Justiça ficará sujeita a recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

DIREITO CONSTITUCIONAL

O Controle da Constitucionalidade das Leis e dos Atos Normativos

1. A AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Inicialmente, cumpre observar que a ação de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, § 2.º, da CF, tem a legitimação ativa restringida às pessoas e órgão apontados no art. 103 da CF e sua decisão tem efeito *erga omnes*.

Difere, portanto, do mandado de injunção, cuja legitimidade é conferida a qualquer pessoa física ou jurídica, mas cujo objeto é mais restrito (só combate a omissão relacionada à ausência de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à soberania e à cidadania). Ademais, a decisão do mandado de injunção produz efeito *inter partes*.

A ação visa afastar omissão quanto à medida necessária para tornar efetiva norma constitucional que não é de eficácia plena.

Ambos os instrumentos (ação e mandado de injunção), porém, são apontados como remédios para combater a *síndrome de inefetividade das normas constitucionais*, conforme anota Pedro Lenza.

A decisão do STF, porém, limita-se a dar ciência ao poder omisso para que esse tome as providências necessárias (o Legislativo mantém sua discricionariedade quanto à oportunidade e conveniência). No caso de reconhecer que a omissão é de órgão administrativo, o STF fixará o prazo de

30 dias para o omisso adotar as providências necessárias, sob pena de responsabilidade.

Prevalece que em ação direta de inconstitucionalidade por omissão não cabe a concessão de medida cautelar ou de antecipação de tutela, pois nem sequer com o julgamento final será possível o suprimento da falta (v. Ação de Inconstitucionalidade, STF 361, Medida Cautelar).

Nas ações de inconstitucionalidade por omissão, entende-se dispensável a manifestação do Advogado-Geral da União, já que pressupõe justamente a inexistência de norma legal ou ato normativo a ser defendido.

O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do STF (§ 1.º do art. 103 da CF).

A ação de inconstitucionalidade não é o instrumento correto para impugnar ato administrativo de efeito individual e concreto, destituído de normatividade genérica (*RTJ* 119/65). Nessa hipótese, geralmente se mostra cabível o mandado de segurança.

2. O MANDADO DE INJUNÇÃO

De acordo com o inc. LXXI do art. 5.º da CF, o mandado de injunção pode ser concedido sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

É parte legítima para impetrar o mandado de injunção toda pessoa, física ou jurídica, que por falta de uma regulamentação se veja impedida de exercitar direito constitucionalmente previsto sobre o qual tenha interesse direto, sendo que o STF vem admitindo o mandado de injunção coletivo proposto por entidades associativas na defesa dos interesses de seus filiados (art. 5.º, inc. XXI, da CF e *RTJ* 160/743).

O sujeito passivo é o órgão competente para a iniciativa da norma regulamentadora necessária para o exercício do direito constitucionalmente previsto. Assim, o Presidente do Senado não é parte legítima para figurar no pólo passivo do mandado de injunção se a omissão decorre da falta de lei de iniciativa do Presidente da República (STF-*RDA* 179/201).

Diante da qualificação do sujeito passivo, a competência originária para o julgamento do mandado de injunção pode ser do STF (art. 102, inc. I, "q", da CF), do STJ (art. 105, inc. I, "h", da CF) ou dos demais Tribunais.

O art. 74, inc. V, da CE de SP prevê a competência do TJ para julgar originariamente os mandados de injunção, quando a inexistência de norma regulamentadora de qualquer dos Poderes, inclusive da Administração Indireta, torne inviável o exercício de direitos previstos na Constituição Estadual.

Ao TSE compete julgar recurso contra a decisão do TRE que denegar o mandado de injunção.

O constituinte originário também estabeleceu a competência do STF para julgar o recurso ordinário contra decisões dos Tribunais Superiores que denegarem, em única ou última instância, o mandado de injunção.

Por norma regulamentadora entende-se toda e qualquer medida necessária a tornar um direito ou uma garantia protegidos via mandado de injunção plenamente exercitável, medida que pode ser uma lei ou uma simples portaria.

A falta de atos concretos, a exemplo da construção de escolas ou da contratação de médicos, não dá causa a mandado de injunção, já que esse visa suprir omissões normativas.

Quanto ao conteúdo da decisão, há inúmeras controvérsias: alguns defendem que compete ao Judiciário a outorga direta do direito reclamado (posição concretista), suprindo a omissão normativa (José Afonso da Silva); outros (posição não concretista) sustentam que ao Judiciário compete tão-somente reconhecer a ocorrência da falta de regulamentação e, assim, determinar que o órgão omisso tome as providências necessárias, sob pena de serem verificadas as conseqüências possíveis (Celso Bastos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Walter Ceneviva, Hely Lopes Meirelles). Cremos que a razão está com José Afonso da Silva, pois sua interpretação dá eficácia ao instrumento cujo objetivo é garantir o exercício de um direito.

2.1. Posição do STF quanto aos Efeitos da Decisão

Em regra, o STF entende que a decisão do mandado de injunção guarda similitude com a decisão decorrente da inconstitucionalidade por omissão, cabendo ao Poder Judiciário tão-somente dar ciência ao órgão omisso.

No julgamento do Mandado de Injunção n. 232-RJ, porém, ao apreciar pedido de um Centro de Cultura que necessitava da lei prevista no art. 195, § 7.º, da CF para gozar de benefícios tributários (lei até então inexistente), o STF, tendo como relator do processo o Min. Moreira Alves, deferiu parcialmente o pedido, nos seguintes termos:

"Assim, conheço, em parte, do pedido e, nessa parte, o defiro para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo máximo de 6 meses, adote ele as providências legislativas que se

impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do art. 197, parágrafo 7.º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.”

Nesse caso concreto, porém, o Congresso não havia cumprido prazo para legislar expressamente previsto no art. 59 do ADCT.

Da lição do Ministro do STF também é possível extrair que o mandado de injunção não protege apenas os direitos fundamentais previstos no Título II da CF (como muitos sustentam).

Por fim, também em hipótese em que havia prazo expresso na CF para a edição de norma legal (art. 8.º, § 3.º, do ADCT), o STF fixou prazo para o suprimento da omissão, explicitando que o descumprimento do prazo daria ao impetrante o direito de pleito indenizatório contra a União (Mandado de Injunção n. 283, STF, *RDA* 196/230 e *RDA* 200/234). É a posição concretista intermediária, assim denominada por Pedro Lenza.

2.2. O Rito do Mandado de Injunção

Por ora, ante a falta de disciplina específica sobre o tema, o mandado de injunção segue o rito do mandado de segurança, conforme expressamente prevê o art. 24, § 1.º, da Lei n. 8.038/90.

As decisões do mandado de injunção têm efeitos *inter partes* e não *erga omnes*.

3. A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO, A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO E A PARCELARIDADE

De acordo com o par. ún. do art. 28 da Lei n. 9.868/99 e com o art. 10 da Lei n. 9.882/99, o STF pode declarar parcialmente a inconstitucionalidade de uma norma sem redução de texto. Conforme exemplifica Rodrigo César Rebello Pinho[1], pode o Tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma lei que prevê a imposição de um tributo no mesmo exercício financeiro, reconhecendo a possibilidade de sua aplicação para os exercícios seguintes.

Por outro lado, verifica-se a *interpretação conforme* quando o STF estabelece qual das interpretações dadas a uma lei é compatível com a Constituição. Exemplo dessa hipótese, aplicada antes mesmo da Lei n. 9.868/99, com base em preceitos regimentais do STF, encontra-se na Ação de Inconstitucionalidade n. 1127-8, na qual liminarmente o STF deliberou que o art. 20 da Lei n. 8.906/94 (que só admite a prisão em flagrante de advogado por crime inafiançável) não abrange a hipótese de desacato à autoridade judiciária.

Gilmar Ferreira Mendes[2] sustenta que nem sempre os efeitos da *interpretação conforme* e da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto são os mesmos.

Questiona-se a possibilidade de o STF excluir apenas uma parcela do texto legal (uma palavra ou expressão), isentando-se assim das limitações impostas ao veto (§ 2.º do art. 66 da CF).

---

[1] *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 49. Coleção Sinopses Jurídicas
[2] *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 227

O STF já decidiu que não se pode "declarar inconstitucionalidade parcial que mude o sentido e o alcance da norma impugnada (quando isso ocorre, a declaração de inconstitucionalidade tem de alcançar todo o dispositivo), porquanto, se assim não fosse, a Corte se transformaria em legislador positivo, uma vez que, com a supressão da expressão atacada, estaria modificando o sentido e o alcance da norma impugnada. E o controle da constitucionalidade dos atos normativos pelo Poder Judiciário só lhe permite agir como legislador negativo" (*RTJ* 159/111).

Caso não altere o sentido e o alcance da norma, a decisão do STF pode declarar a inconstitucionalidade de apenas uma parte dela, razão por que muitos afirmam que o controle principal da constitucionalidade admite a parcelaridade (também denominada divisibilidade).

No julgamento de pedido cautelar na Ação de Inconstitucionalidade n. 1.127-8, que envolve o Estatuto da OAB (no caso desse exemplo, o inc. IV do art. 7.º da Lei n. 8.906/94), o STF suspendeu a eficácia das expressões "ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do respectivo termo, sob pena de nulidade".

Na sua íntegra (antes da suspensão da eficácia de parcela do seu texto), a disposição ditava que entre os direitos do Advogado está o de "ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade, e, nos demais casos, a comunicação expressa à OAB".

4. A AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INTERVENTIVA

Essa ação, por vezes denominada *representação interventiva*, tem por objeto a intervenção federal em uma das unidades da federação, a intervenção federal em município de Território ou, ainda, a intervenção estadual em um município.

O legitimado para a propositura da ação de inconstitucionalidade interventiva (no âmbito federal) é o Procurador-Geral da República, nos termos do inc. III do art. 36 da CF. Qualquer interessado pode lhe encaminhar representação nesse sentido.

Trata-se de medida excepcional, restritiva da autonomia prevista no art. 18 da CF, e que tem por objetivo garantir a observância dos princípios constitucionais sensíveis previstos no inc. VII do art. 34 da CF.

A autoridade ou o órgão responsável pelo ato impugnado terá trinta dias para se manifestar. Em seguida, o relator terá trinta dias para elaborar seu relatório.

Não há previsão de liminar em ação de inconstitucionalidade interventiva da União nos Estados-Membros e no DF, estando a matéria regulamentada pela Lei n. 4.337/64 (parcialmente recepcionada pela CF/88), mas o relator, em caso de urgência decorrente de relevante interesse da ordem pública, poderá requerer, com prévia ciência das partes, a imediata convocação do Tribunal para deliberar sobre a questão.

Na sessão de julgamento, poderão se manifestar o Procurador-Geral da República e o Procurador da unidade cuja intervenção se requer.

Dando provimento ao pedido, o STF requisitará a intervenção ao Presidente da República, a quem incumbe decretar e executar a intervenção federal (art. 84, inc. X, da CF).

Inicialmente, o decreto (que também caracteriza uma forma de intervenção) suspenderá a execução do ato impugnado, não dependendo de qualquer manifestação do Congresso Nacional (art. 36, § 3.º, da CF). É a denominada intervenção normativa.

Caso a suspensão do ato se mostre insuficiente, será decretada a nomeação de um interventor, afastando-se a autoridade local (Chefe do Executivo, Legislativo ou Judiciário) do cargo até que cessem os motivos determinantes da medida.

Cremos que a intervenção que implica o afastamento do governador está sujeita a controle político pelo Congresso Nacional, que deverá se manifestar em 24 horas e poderá sustar o decreto interventivo (arts. 36, § 1.º, e 49, inc. IV, ambos da CF). Nesse sentido, MICHEL TEMER. Há posições no sentido de que a intervenção decorrente de requisição do STF não está sujeita ao controle do Congresso Nacional.

Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas retornam aos seus cargos, salvo impedimento legal.

A intervenção federal é uma das limitações circunstanciais ao poder de emenda (art. 60, § 1.º, da CF).

No caso de ação de inconstitucionalidade que vise à intervenção estadual em um Município (art. 35, inc. IV, da CF), as partes legítimas para a propositura da ação são o Procurador-Geral da Justiça e os demais legitimados pela respectiva Constituição Estadual. O julgamento é da competência do TJ e a ação tem por base a inobservância dos princípios previstos na Constituição Estadual.

Nos termos do § 2.º do art. 125 da CF, no âmbito estadual é vedada a atribuição de agir a um único órgão. Se necessária a nomeação de um interventor, o decreto interventivo fica sujeito a um controle político pela Assembléia Legislativa.

O pedido é apresentado ao Tribunal de Justiça do Estado e admite-se a concessão liminar para a suspensão do ato impugnado (Lei n. 5.778/72).

5. A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

A EC n. 3, de 17.3.1993, criou a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo *federal*, estabelecendo que seu julgamento originário compete ao STF (controle concentrado) e que os legitimados para a sua propositura são o Presidente da República, a mesa do Senado Federal, a mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República (nova redação dos arts. 102, inc. I, “a”, e 103, § 4.º, ambos da CF).

Conforme leciona José Afonso da Silva, as leis ou atos normativos estaduais ou municipais não são objeto da ação declaratória de constitucionalidade e não há possibilidade de criação dessa ação pelos Estados. Alguns autores consideram possível a criação da ação declaratória de constitucionalidade pelos Estados.

Tratando-se de norma excepcional, cremos que nesse caso a razão está com José Afonso da Silva.

A petição inicial indicará, entre outros elementos, a existência de relevante controvérsia judicial sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória (art. 13, inc. III, da Lei n. 9.868/99), ou seja, polêmica que põe em risco a presunção (relativa) de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

Na prática, a ação declaratória de constitucionalidade é uma avocatória parcial (posição questionada por alguns), ou seja, o STF chama para si o julgamento da matéria constitucional (e não de todo o processo) em debate perante qualquer juiz ou tribunal e profere uma decisão vinculante quanto ao tema constitucional.

A avocatória era uma medida da época do regime militar (art. 119, inc. I, “o”, da CF/67, e arts. 258 e ss. do Regimento Interno do STF), pela qual o STF, a pedido do Procurador-Geral da República, podia chamar para si o julgamento de qualquer causa, em trâmite por qualquer instância. O fundamento era o imediato perigo de grave lesão à ordem pública, à saúde pública ou às finanças públicas.

6. A MEDIDA CAUTELAR

O STF, por deliberação da maioria absoluta de seus membros (e sem a necessidade de ouvir qualquer órgão), pode deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória, consistente na determinação de que os juízes e tribunais suspendam o julgamento (e não o andamento) dos processos que envolvam aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até o julgamento final da ação declaratória de constitucionalidade.

A cautelar tem validade por 180 dias e não há previsão de sua concessão por ministro de plantão, ainda que em período de recesso. Quando necessário, porém, a medida poderá ser concedida pelo ministro de plantão com base no poder geral de cautela inerente às atividades jurisdicionais.

O efeito da liminar, segundo já decidiu o STF, é vinculante e *ex nunc*, embora o Tribunal possa suspender os efeitos futuros das decisões antecipatórias anteriores à liminar. A CF somente prevê o efeito vinculante para as decisões definitivas.

7. O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Apreciado eventual pedido de medida cautelar, o Procurador-Geral da República terá o prazo de 15 dias para se manifestar.

Quanto ao Advogado-Geral da União, a posição prevalecente até a edição da Lei n. 9.868/99 foi a de que sua manifestação era dispensável. Contudo, diante da possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de uma lei em ação declaratória de constitucionalidade ou mesmo em argüição de descumprimento de preceito fundamental (arts. 23 e 24 da Lei n. 9.868/99 e art. 11 da Lei n. 9.882/99), entendemos que o Advogado-Geral da União sempre deve ter oportunidade de se manifestar nessas ações, com 15 dias de prazo. Sua manifestação deve ser colhida antes do parecer do Procurador-Geral da República, nos termos do art. 8.º da Lei n. 9.868/99.

Caso ainda se mostre necessário o esclarecimento de algum fato, o relator poderá requisitar informações adicionais, designar perícia ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

O relator poderá, ainda, solicitar informações a outros tribunais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

Todas as diligências suplementares devem ser concluídas em 30 dias, contados da determinação do relator.

As decisões definitivas de mérito (tomadas por um mínimo de seis ministros e desde que presentes oito na sessão de julgamento), proferidas pelo STF nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo (art. 102, § 2.º, da CF). Sua eficácia é *ex tunc*, privilegiando a presunção de constitucionalidade das leis.

A questão é polêmica, pois pode violar os princípios do livre acesso à Justiça (art. 5.º, inc. XXXV, CF), do devido processo legal (art. 5, inc. LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5, inc. LV). Afinal, a ação tem por pressuposto fático e jurídico a existência de decisões judiciais dando pela inconstitucionalidade de norma ou lei debatida, o que significa que processos concretos poderão ser atropelados sem a manifestação dos interessados (a Lei n. 9.868/99 veda a intervenção de terceiros).

O STF, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1-1, DF, que teve como relator o Min. Moreira Alves, por maioria de votos reconheceu a constitucionalidade da EC n. 3.

Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta, ou procedente a eventual ação declaratória; proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta, ou improcedente a eventual ação declaratória.

A decisão depende, sempre, do voto, em um ou outro sentido, de pelo menos seis dos onze ministros, devendo respeitar a coisa julgada. A sessão somente será instalada se presentes no mínimo oito dos onze ministros.

8. A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Regulamentando o § 1.º do art. 102 da CF, a Lei n. 9.882/99 estabelece que a argüição de descumprimento de preceito fundamental é proposta perante o STF (controle concentrado) e tem por objeto evitar (argüição de descumprimento de preceito fundamental preventiva) ou reparar (argüição de descumprimento de preceito fundamental repressiva) lesão a preceito fundamental, resultante de ato (comissivo ou omissivo) do Poder Público. Não há exigência de que seja ato normativo.

Por preceito fundamental devem ser entendidos os princípios constitucionais (inclusive os princípios constitucionais sensíveis arrolados no inc. VII do art. 34 da CF), os objetivos, direitos e garantias fundamentais previstos nos arts. 1.º a 5.º da CF, as cláusulas pétreas e outras disposições constitucionais que se mostrem fundamentais para a preservação dos valores mais relevantes protegidos pela CF.

Nesse aspecto, portanto, o objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental é mais restrito que aquele especificado na ação de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, nas

quais podem ser discutidos preceitos constitucionais que não se classificam entre os fundamentais.

Pelo inc. I do par. ún. do art. 1.º da Lei n. 9.882/99, a argüição também pode ter por objeto relevante controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição vigente à época de sua propositura.

É a denominada argüição de descumprimento de preceito fundamental por equiparação, questionável por aqueles que entendem que a competência do STF somente pode ser firmada por norma constitucional. Cremos que a argüição de descumprimento de preceito fundamental por equiparação é legítima, pois protege o preceito fundamental da segurança previsto no *caput* do art. 5.º da CF (preceito genérico que inclui a segurança das relações jurídicas).

A ação direta de inconstitucionalidade, ao contrário da argüição, não é cabível contra lei municipal.

Cabe argüição (mas não cabe a ação de inconstitucionalidade) contra lei (federal ou estadual ou municipal) anterior à Constituição vigente à época de sua propositura e que contrarie a ordem constitucional em vigor (*RTJ* 153/315). Nessa hipótese, não há que se cogitar de inconstitucionalidade, mas sim de revogação da norma anterior pela nova Constituição Federal (trata-se de norma não recepcionada).

A ação pode ser proposta por qualquer dos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103 da CF, observadas as regras da legitimação temática) e a petição inicial deverá indicar o preceito fundamental violado ou ameaçado e o ato violador praticado pelo Poder Público, a prova da violação (ou do risco dela), o pedido e suas especificações (declaração de

inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental etc.).

Caso a ação esteja fundada em relevante controvérsia constitucional, a petição inicial deverá ser instruída com prova das divergências. Cremos que a hipótese não se restringe a controvérsias no âmbito do Poder Judiciário, mas, se for esse o caso, a petição inicial deverá ser instruída com prova da controvérsia judicial (art. 3.º, inc. V, da Lei n. 9.882/99).

Qualquer interessado pode representar ao Procurador-Geral da República solicitando a propositura da ação, cabendo ao chefe do Ministério Público decidir sobre o cabimento ou não da argüição.

A ação é de natureza residual, ou seja, não será admitida quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade (ação de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, reclamação etc.).

Da decisão que indefere a petição inicial cabe agravo, no prazo de cinco dias.

Admite-se a liminar, que pela lei poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processos (e não só o julgamento, conforme previsto na ação declaratória de constitucionalidade) ou os efeitos das decisões judiciais até o julgamento da argüição, respeitada a coisa julgada. A liminar não está sujeita ao prazo de 180 dias previsto para a medida de semelhante teor da ação declaratória de constitucionalidade.

Na prática, a argüição de descumprimento de preceito fundamental também é uma avocatória parcial, ou seja, o STF chama para si o julgamento da matéria em debate perante qualquer juiz ou tribunal e profere uma decisão vinculante quanto ao tema constitucional (não há prazo de validade para a liminar nesse tipo de ação).

A liminar, porém, pode conter qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição, inclusive com a suspensão de processos administrativos.

A liminar depende de decisão da maioria absoluta dos ministros do STF (dos 11 ministros, 6 devem votar favoravelmente à medida liminar). Em caso de extrema urgência, relevante perigo ou recesso, o relator poderá conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno. O relator também poderá conceder o prazo comum de cinco dias para que as autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, manifestem-se sobre o pedido de liminar.

Concedida ou não a liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pelo ato questionado, que terão 10 dias para prestá-las. Caso entenda necessário, o relator poderá ouvir as partes envolvidas nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perícia ou, ainda, fixar data para que pessoas com experiência e autoridade na matéria objeto da controvérsia sejam ouvidas em audiência pública.

Decorrido o prazo das informações, o Ministério Público terá vista dos autos por cinco dias. Não há previsão de vista dos autos caso o MP seja o proponente da ação.

Em seguida, o relator lançará seu relatório, com cópias para todos os ministros, e pedirá dia para o julgamento.

A critério do relator, poderão ser autorizadas a sustentação oral ou a juntada de memoriais.

A decisão do pleno será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos ministros (8 dos 11 ministros). À falta de previsão expressa, concluímos que a decisão declaratória de uma inconstitucionalidade na

argüição de descumprimento de preceito fundamental depende do voto de seis ministros. É a regra geral prevista no art. 97 da CF, no art. 173 do Regimento Interno do STF e, agora, na Lei n. 9.868/99 (que trata da ação de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade).

Julgada a ação, o STF comunicará às autoridades ou órgãos responsáveis as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. O Presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente. No prazo de dez dias, a contar do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada pelo *Diário da Justiça* e pelo *Diário Oficial da União*.

A decisão que julgar procedente ou improcedente a argüição é irrecorrível, tem eficácia contra todos (*erga omnes)*, efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público e não pode ser objeto de ação rescisória.

A análise conjunta do § 3.º do art. 5.º e do § 3.º do art. 10, ambos da Lei n. 9.882/99, indica que os efeitos vinculante e *erga omnes* atingem os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal.

Em razão do efeito vinculante, os juízes e tribunais deverão proferir decisão compatível com o entendimento do STF sobre a matéria objeto da argüição.

A disposição que dá efeito vinculante também nas decisões decorrentes de uma argüição é de duvidosa constitucionalidade, pois a CF só garante esse efeito às decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF em ações declaratórias de constitucionalidade (§ 2.º do art. 102 da CF).

A exemplo do art. 27 da Lei n. 9.868/99 (que trata da ação de inconstitucionalidade), o art. 11 da Lei n. 9.882/99 prevê que, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no processo de argüição de

descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o STF, pelo voto de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do momento fixado.

O descumprimento da decisão do STF enseja reclamação (art. 102, inc. I, letra l, da CF), instrumento que serve para a preservação da competência do Tribunal e para garantir a autoridade de suas decisões.

Contra a decisão na argüição de descumprimento de preceito fundamental não cabe recurso ou ação rescisória. Cremos que, por aplicação analógica do art. 26 da Lei n. 9.868/99 (que disciplina a ação de inconstitucionalidade), cabem embargos de declaração.

9. A RECLAMAÇÃO PERANTE O STF E O STJ

Trata-se de medida processual de natureza acentuadamente disciplinar que serve para a preservação da competência dos tribunais e para garantir a eficácia de suas decisões, tendo por pressupostos: 1) a existência de uma relação processual em curso; 2) uma ação ou omissão que direta ou indiretamente subtraia a competência do STJ ou do STF ou contrarie decisão desses tribunais.

São partes legítimas para propor a reclamação o Procurador-Geral da República ou a parte envolvida na relação processual em que se verifica a violação, nos termos do art. 13 da Lei n. 8.038/90. Não se admite a reclamação apresentada por terceiros que se dizem interessados.

A reclamação é protocolada diretamente na secretaria do tribunal competente, colhem-se as informações da autoridade a que for imputada a prática do ato impugnado e dá-se vista dos autos ao MP pelo prazo de cinco dias. Nos termos do art. 17 da Lei n. 8.038/90, se julgar procedente a reclamação, o STJ ou o STF cassará a decisão contrária ao seu julgado ou determinará a medida adequada à preservação de sua competência, devendo o Presidente determinar o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

O TJSP já reconheceu que a reclamação também é admissível para preservar a competência de tribunal estadual ou garantir a autoridade de suas decisões (*Bol. AASP* 1975/349j).

MÓDULO X

DIREITO CONSTITCIONAL
Federação

Praça Almeida Júnior, 72 – Liberdade – São Paulo – SP – CEP 01510-010
Tel.: (11) 3346.4600 – Fax: (11) 3277.8834 – www.damasio.com.br

DIREITO CONSTITUCIONAL

Federação

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Conforme dispõe o artigo 1.º da CF, quanto à "forma de governo" e quanto à "forma de Estado" o Brasil é uma República Federativa, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do DF.

O Estado (Nação) é a pessoa jurídica soberana (não sujeita a qualquer outra) que tem como *elementos* básicos o povo (elemento humano), o território (base) e o governo (condutor). É a sociedade politicamente organizada dentro de um determinado espaço físico.

A "forma de governo" indica a maneira como se dá à instituição do poder na sociedade e a relação entre o povo e seus governantes. As formas mais comuns de governo são a monarquia, caracterizada pela ascensão automática, hereditária e vitalícia ao trono, e a República, cuja marca principal é a eletividade periódica do chefe de Estado para um mandato cujo prazo é fixado na Constituição.

A "forma de Estado" (Estado federado, composto, ou Estado unitário, simples) indica a existência ou não de uma divisão territorial do poder. Vale dizer: o Estado pode ser unitário, com o poder concentrado em um órgão central, ou pode ser federado, com poderes regionais que gozam da autonomia que lhes confere a Constituição Federal e com um poder central soberano e aglutinador.

O Estado unitário pode ser puro (poder totalmente concentrado no órgão central); descentralizado administrativamente (são designados órgãos para executar as deliberações já tomadas pelo poder central); ou descentralizado política e administrativamente, quando os órgãos executores das medidas do poder central podem possuir maior liberdade de execução.

Na Federação há um órgão Judiciário, de competência nacional, que dirime conflitos entre os Estados federados e entre esses e o poder central (STF), bem como um Senado com representação idêntica de todos os Estados-membros (atualmente temos 26 Estados e um DF, sendo que cada um elege três dos nossos oitenta e um senadores).

2. FEDERAÇÃO

No Brasil, a Federação nasceu de forma artificial, pois primeiro foi criado o Estado Central e depois foram criadas as unidades federativas (federalismo por segregação). Nos Estados Unidos da América do Norte, ao contrário, existiam Estados preexistentes que se agregaram para constituir a Federação (federalismo por agregação).

Atipicamente, a estrutura federativa brasileira prevê que também os municípios integram a Federação, pois gozam da autonomia típica dos entes que integram um Estado federado (conforme confirma o artigo 18 da CF). Ou seja, nos limites da CF, os Estados-membros, o DF e também os municípios gozam de autonomia política, financeira, legislativa e administrativa.

Por essa razão, alguns apontam nossa federação como trina e não mais

dualista. JOSÉ AFONSO DA SILVA destaca que por onze vezes a CF utiliza as expressões Federação e Unidade Federada sem incluir os municípios, os quais, aliás, não dispõem de Poder Judiciário ou de representante no Senado Federal.

A incorporação, subdivisão ou o desmembramento de um Estado-Membro, para incorporação a outro (Guanabara e Rio de Janeiro) ou mesmo para a criação de um novo Estado-membro ou de um Território Federal, depende da aprovação da população interessada, via plebiscito, e (desde que haja consentimento popular) da aprovação do Congresso Nacional, por lei complementar.

Antes de aprovar a lei complementar, o Congresso Nacional, por intermédio da Casa pela qual começou a tramitar o projeto de lei, deve colher a manifestação (que não vincula a posição do Congresso Nacional) da (s) Assembléia (s) Legislativa (s) das regiões envolvidas, nos termos do art. 48, inc. VI, da Constituição Federal, e nos da Lei n. 9.709/98.

Exemplo de desmembramento, que presume a separação de uma parte sem a perda da identidade do ente originário, é o antigo Estado do Mato Grosso, hoje Mato Grosso e Mato Grosso do Sul.

Para a criação de um território (atualmente não há territórios no Brasil) exige-se a aprovação da proposta pela população diretamente interessada, mediante plebiscito (a ser proposto por 1/3 dos deputados federais ou por 1/3 dos senadores), e da aprovação pelo Congresso Nacional por lei complementar – que exige o voto favorável da maioria de todos os membros de uma casa legislativa (art. 18, § 3.º e 69, ambos da CF).

Os territórios podem ser divididos em municípios (art. 33, § 1.º, da CF), mas não são considerados componentes da Federação (como são os Estados-

membros) e sim uma descentralização administrativa e territorial *da União, com natureza de mera autarquia.*

O Distrito Federal integra a Federação, mas não pode ser desmembrado em municípios (art. 32, *caput,* da CF).

A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato Grossense e a Zona Costeira são Patrimônio Nacional, nos termos do § 4.º do art. 225 da Constituição Federal.

A criação, incorporação, fusão ou desmembramento de municípios depende de estudos quanto à viabilidade do ente que se quer formar (EC n. 15, de setembro de 1996), da aprovação, por plebiscito, das populações diretamente interessadas (população da área que vai ser desmembrada e da área que se desmembra), da observância dos requisitos previstos em lei complementar federal que disciplina a matéria e de lei estadual (em São Paulo, LC n. 651/90).

Destaque-se, ainda, que a federação brasileira é indissolúvel e que tal disposição, prevista já no art. 1.º da Carta Magna, foi inserida entre as clausulas pétreas da CF (art. 60, § 4º, inc. I); portanto, sequer por emenda constitucional admite-se a *secessão* (separação de um dos entes da federação para a formação de um novo Estado soberano).

"Crime contra a segurança nacional, contra a ordem política e social – Movimentos separatistas. Caracterização em tese do crime previsto no art. 11 da Lei n. 7170/83 – Providências requeridas pelo Ministro da Justiça – Conduta que não se reveste de ilegalidade doabuso de poder – *Habeas Corpus* preventivo denegado" (STJ – RT 705/373, julgado de 3.6.1993).

Soberania e autonomia não se confundem.

Soberania é o caráter supremo de um poder; poder que não admite outro que lhe seja superior, ou mesmo concorrente, dentro de um mesmo território.

Autonomia, por sua vez, significa independência dentro dos limites traçados pelo poder superior e soberano.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO[1], cita a seguinte lição de SAMPAIO DÓRIA: "O poder que dita, o poder supremo, aquele acima do qual não haja outro, é a soberania. Só essa determina a si mesma os limites de sua competência. A autonomia, não. A autonomia atua dentro dos limites que a soberania lhe tenha transcrito."

Mesmo dentro da chamada "globalização", verificamos que na prática só existe a submissão de um Estado à ordem internacional por ato voluntário.

Confederação é a união de Estados soberanos (países) que, normalmente por via de tratados, assumem obrigações recíprocas e chegam mesmo a criar um órgão central para a execução das deliberações tomadas (Dieta). Os tratados podem ser denunciados, revogados unilateralmente, sem prejuízo das sanções econômicas e políticas.

Em atenção ao par. ún. do art. 4.º da Constituição Federal, que traz entre os princípios internacionais do Brasil sua integração com outros povos da América Latina, em 1991 o País assinou o Pacto de Assunção e tornou-se Estado-parte do Mercado Comum do Cone Sul (o Mercosul), ao lado da Argentina, Paraguai e Uruguai. Chile e Bolívia são parceiros do Mercosul desde 1996, mas não são Estados-partes.

---

[1] DÓRIA, Sampaio. Apud FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 22.ª ed. São Paulo: Saraiva. p. 41.

2.1. Elementos da Federação

- Existência de entes autônomos– arts. 1.º e 18, da Constituição Federal.
- Existência de uma constituição – que há de ser rígida.
- Órgão que represente a vontade desses entes autônomos.
- Orgão guardião da Constituição– art. 102, da Constituição Federal.

2.2. União

A União é formada pela reunião dos entes integrantes da Federação. É pessoa jurídica de direito público interno e, no âmbito internacional, representa com soberania o Estado Brasileiro.

O art. 20 da Constituição Federal enumera os bens da União.

2.2.1. Competência

O art. 21 da Constituição Federal enumera a competência material e não a legislativa da União. Trata-se de competência exclusiva, indelegável.

O art. 22 da Constituição Federal trata das competências legislativas da União; essa competência é privativa, ou seja, é possível a delegação aos Estados, por lei complementar.

O art. 23 da Constituição Federal trata da competência comum. Não se refere, portanto, unicamente à União. O referido artigo dispõe sobre a competência não legislativa, ou seja, trata de competência material comum a todos os entes federados.

A competência a que se refere o art. 24 da Constituição Federal , é competência legislativa concorrente. Quanto à possibilidade de o município participar dessa competência, há duas correntes:

- uma das correntes entende que o município não participa da competência do art. 24 da CF, pois a Constituição Federal não menciona a participação desse ente federado; caso o legislador constituinte quisesse a participação do município, teria mencionado expressamente;
- outra corrente entende que o município participa dessa competência, tendo em vista o art. 30 da Constituição Federal , inc. II. Abre-se a possibilidade de suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.

2.3. Estados

É pessoa jurídica de direito público interno, dotada de autonomia que consiste na capacidade de auto-governo e auto-administração.

A autonomia estadual consiste na capacidade de auto-organização, capacidade de auto-governo e auto-administração; é a denominada tríplice capacidade.

2.3.1. Capacidade de auto-organização

A capacidade de auto-organização e normatização própria estão no poder de elaborar sua própria constituição, denominado “Poder constituinte derivado

decorrente". Necessário se faz a observância do art. 25 da Constituição Federal .

2.3.2. Capacidade de auto-governo

- Legislativo: Assembléia Legislativa, unicameral, art. 27 da Constituição Federal .
- Executivo: ochefe do Poder Executivo é ogovernador do Estado, art. 28 da Constituição Federal .
- Judiciário: possui judiciário próprio, são os Tribunais do Estado e os juízes estaduais.

2.3.3. Auto-administração

O art. 25, § 1.º, da Constituição Federal , reserva aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição– a denominada competência residual (exceto a competência residual em matéria tributária, reservada à União – art. 154, inc. I, da CF).

DIREITO CONSTITUCIONAL

Federação

1. MUNICÍPIOS

Dentre outros requisitos típicos das unidades federadas, os municípios não dispõem de Poder Judiciário próprio ou representante no Senado Federal.

A criação, incorporação, fusão ou desmembramento de municípios depende de estudos quanto à viabilidade do ente que se quer formar (EC n. 15, de setembro de 1996); da aprovação, por plebiscito, das populações dos municípios envolvidos (segundo prevalece na doutrina, população da área desmembrada e população da área que poderá ser emancipada); da observância dos requisitos previstos em lei complementar federal que disciplina a matéria e de lei estadual (em São Paulo, LC n. 651/90).

Observo, porém, que há precedente do Supremo Tribunal Federal, anterior à EC n. 15/96, no sentido de que população diretamente interessada no objeto da consulta popular é apenas aquela da área que se desmembra (ADIn n. 733/92).

Havendo empate no plebiscito, fica vedada a criação do novo município, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ação rescisória n. 798/83.

Ao julgar o Conflito de Competência n. 2.530/92, o Superior Tribunal de Justiça concluiu que compete à justiça estadual, e não à justiça eleitoral, processar e julgar mandado de segurança contra ato do plenário da Assembléia Legislativa que determine a realização de plebiscito objetivando a emancipação de Distrito. A competência da Justiça Eleitoral, no processo

emancipacionista, restringe-se a: prestar informações sobre o eleitorado da área e proceder à realização e à apuração do plebiscito.

O Distrito Federal e os municípios possuem Lei Orgânica e não Constituição.

Pelo princípio da simetria, as regras previstas nas Leis Orgânicas Municipais não podem desatender comando previsto na Constituição Estadual para hipótese similar.

Desde a Constituição Federal de 1988, cada Município elabora sua própria Lei Orgânica, votada em dois turnos, com intervalo mínimo de dez dias entre eles, e aprovada por 2/3 de todos os membros da Câmara Municipal, que a promulgará.

Mediante lei complementar estadual (na vigência da CF/67, dependia de lei complementar federal) os Estados podem instituir Regiões Metropolitanas – agrupamento dos municípios limítrofes que têm por objetivo integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum dos integrantes (combate a enchentes, transportes etc).

No Estado de São Paulo, assim dispõe a Constituição Estadual:

Art. 153 – O território estadual poderá ser dividido, total ou parcialmente, em unidades regionais constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, mediante lei complementar, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum, atendidas as respectivas peculiaridades.

§ 1.º – Considera-se região metropolitana o agrupamento de municípios limítrofes que assuma destacada expressão nacional, em razão de elevada densidade demográfica, significativa conurbação e de funções urbanas e

regionais com alto grau de diversidade, especialização e integração sócio-econômica, exigindo planejamento integrado e ação conjunta permanente dos entes públicos nela atuantes.

§ 2.º – Considera-se aglomeração urbana o agrupamento de municípios limítrofes que apresente relação de integração funcional de natureza econômico-social e urbanização contínua entre dois ou mais municípios ou manifesta tendência nesse sentido, que exija planejamento integrado e recomende ação coordenada dos entes públicos nela atuantes.

§ 3.º – Considera-se microrregião o agrupamento de municípios limítrofes que apresente, entre si, relações de interação funcional de natureza físico-territorial, econômico-social e administrativa, exigindo planejamento integrado com vistas a criar condições adequadas para o desenvolvimento e integração regional.

Artigo 154 – Visando a promover o planejamento regional, a organização e execução das funções públicas de interesse comum, o Estado criará, mediante lei complementar, para cada unidade regional, um conselho de caráter normativo e deliberativo, bem como disporá sobre a organização, a articulação, a coordenação e, conforme o caso, a fusão de entidades ou órgãos públicos atuantes na região, assegurada, nesses e naquele, a participação paritária do conjunto dos municípios, com relação ao Estado.

§ 1.º – Em regiões metropolitanas, o conselho a que alude o *caput* deste artigo integrará entidade pública de caráter territorial, vinculando-se a ele os respectivos órgãos de direção e execução, bem como as entidades regionais e setoriais executoras das funções públicas de interesse comum, no que respeita ao planejamento e às medidas para sua implementação.

§ 2.º – É assegurada, nos termos da lei complementar, a participação da população no processo de planejamento e tomada de decisões, bem como na fiscalização da realização de serviços ou funções públicas em nível regional.

§ 3.º – A participação dos municípios nos conselhos deliberativos e normativos regionais, previstos no "caput" deste artigo, será disciplinada em lei complementar.

Artigo 155 – Os municípios deverão compatibilizar, no que couber, seus planos, programas, orçamentos, investimentos e ações às metas, diretrizes e objetivos estabelecidos nos planos e programas estaduais, regionais e setoriais de desenvolvimento econômico-social e de ordenação territorial, quando expressamente estabelecidos pelo conselho a que se refere o art. 154.

Parágrafo único – O Estado, no que couber, compatibilizará os planos e programas estaduais, regionais e setoriais de desenvolvimento, com o plano diretor dos municípios e as prioridades da população local.

Prevalece, portanto, que, na instituição das Regiões Metropolitanas, o interesse geral deve se sobrepor aos interesses locais, razão porque a aplicação das regras comuns previstas na Lei Complementar Estadual não depende do consentimento individual de cada município, que obrigatoriamente deve participar das ações conjuntas. Conforme deliberou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da medida cautelar requerida na ADIn n. 1.841 (j. de 18.6.98), "discrepa do § 3.º do artigo 25 da Constituição Federal norma de Carta de Estado que submete a participação de município em região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião à aprovação prévia da câmara municipal. Liminar deferida para suspender a eficácia do

preceito em face do concurso da relevância da argumentação jurídico-constitucional, da conveniência e do risco de manter-se com plena eficácia o preceito, obstaculizada que fica a integração e realização das funções públicas de interesse comum” .

A posição de prevalência dos interesse regionais sobre os interesses locais não é pacífica. Michel Temer sustenta que a região metropolitana não é dotada de personalidade e que suas decisões não obrigam os municípios que a compõem, em respeito à autonomia municipal.

De acordo com as suas respectivas populações, os municípios terão entre 9 e 55 vereadores (art. 29, inc. IV, da CF). Prevalece no Tribunal de Justiça de São Paulo que a fixação do número, dentro dos limites constitucionais, é da competência exclusiva da legislação municipal.

Tribunal de Justiça de São Paulo:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Pretendida fixação de **número** de **vereadores** com vinculação ao de habitantes do Município – **Redução** que implicaria em violação da descrição outorgada pelo constituinte ao Legislativo de cada ente autônomo – Própria Constituição que não fixou o critério rígido e vinculativo para estabelecer o **número** de representantes do Órgão Municipal, predeterminando um **número** certo – Judiciário que não pode invadir a esfera de *poderes* do Legislativo para decantar a determinação no que concerne à quantidade de participantes do Órgão – Recurso não provido. (Apelação Cível n. 75.943-5 - Bauru – 7.ª Câmara de Direito Público – Relator: Guerrieri Rezende – 28. 6.99 – V. U., Juis Saraiva 21)

Creio, porém, que os princípios da razoabilidade (art. 111 da CE de São Paulo) e da moralidade administrativa (art. 37 da CF) autorizam que flagrantes desproporcionalidades sejam corrigidas pelo Poder Judiciário.

A idade mínima para ser eleito senador é 35 anos, para deputado estadual ou federal 21 anos, e para Vereador 18 anos.

2. TERRITÓRIOS

Para a criação de um território (tramitam propostas de criação de pelo menos 5 territórios na região amazônica) exige-se a aprovação da proposta pela população diretamente interessada, mediante plebiscito (a ser proposto por 1/3 dos deputados federais ou por 1/3 dos senadores), e da aprovação pelo Congresso Nacional por lei complementar – que exige o voto favorável da maioria de todos os membros de uma casa legislativa (art. 18, § 3.º, e 69, ambos da CF), depois de ouvidas as assembléias legislativas das áreas afetadas.

Os Territórios podem ser divididos em municípios (art. 33, § 1.º, da CF) e não são considerados entes da Federação (como são os Estados-membros). São uma descentralização administrativa e territorial da União, com natureza de mera autarquia**.** O Território não elege senador (pois não é ente federado), mas sua população elege quatro deputados federais (representantes do povo do Território).

O Governador do Território é nomeado pelo Presidente da República, após a aprovação do seu nome pelo Senado Federal (inc. XIV do art. 84 da CF) e, naqueles Territórios Federais com mais de 100.000 habitantes, haverá

órgãos judiciários de primeira e segunda instância, membros do Ministério Público e defensores públicos federais (§ 3.º do art. 33 da CF) .

3. DISTRITO FEDERAL

O Distrito Federal integra a Federação, elege senadores e deputados federais, tem eleição direta para Governador, mas não pode ser desmembrado em municípios (art. 32, *caput*, CF). Nele está situada a capital federal, Brasília.

Nos termos do art. 32 da Constituição Federal, o Distrito Federal é regido por lei orgânica, observados os princípios da Constituição Federal, votada em dois turnos, com intervalo mínimo de dez dias entre as votações, e aprovada por 2/3 dos membros da Câmara Legislativa, que a promulgará.

Discute-se a natureza jurídica do Distrito Federal, prevalecendo tratar-se de pessoa jurídica criada diretamente pela Constituição Federal e que se equipara aos Estados-membros, desfrutando das competências legislativas municipais e estaduais.

Observe-se, porém, que a autonomia do Distrito Federal não é tão ampla quanto aquela verificada nos Estados-membros, já que parte de sua estrutura administrativa é organizada e mantida pela União (Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Polícia Civil, Polícia Militar e Bombeiro Militar– nos termos dos incs. XIII e XIV do art. 21 da CF). JOSÉ AFONSO DA SILVA classifica o Distrito Federal como “uma unidade federada com autonomia parcialmente tutelada”.

A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são Patrimônio Nacional, nos termos do § 4.º do art. 225 da Constituição Federal.

4. DIVISÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

Competência legislativa é o poder, que cada um dos entes políticos tem, de editar leis. Costuma ser dividida em privativa, concorrente, suplementar ou residual.

À União compete legislar privativamente sobre as matérias previstas no art. 22, da Constituição Federal. Lei Complementar Federal pode, contudo, delegar aos Estados competência para legislar a respeito das matérias previstas naquele artigo (conforme prevê seu parágrafo único).

Há leis nacionais (que regulam interesses gerais em todo o País) e leis meramente federais (dirigidas especificamente à organização de interesses da própria União).

Nas hipóteses do art. 24 da Constituição Federal, temos a denominada competência concorrente da União, dos Estados e do DF. Quanto a essas matérias, cabe à União estabelecer normas gerais (diretrizes gerais de abrangência nacional), embora Estados e DF possuam competência para suplementar as normas gerais e, assim, garantir que elas tenham plena aplicabilidade no âmbito regional.

Ainda quanto à competência concorrente, verifica-se que a função principal dos Estados e do DF é legislar de forma detalhada sobre as matérias estabelecidas no art. 24 da Constituição Federal , observadas as regras gerais fixadas pela União.

Inexistindo lei federal sobre as normas gerais previstas no art. 24, Estados e DF exercerão a competência legislativa plena (legislarão sobre as normas gerais e sobre as especificações regionais que atendam às suas peculiaridades). A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspenderá (mas não revogará) a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Aos municípios compete legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e a legislação estadual no que couber, respeitando as diretrizes nacionais e regionais.

Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios, exceto quanto à organização do Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Polícia Civil, Polícia Militar e Bombeiro Militar, que serão organizados por lei federal, nos termos dos incs. XIII e XIV do art. 21 da Constituição Federal .

Por fim, temos a denominada competência residual dos Estados-membros, ou seja, as competências que a CF não lhes veda nem atribui à União, ao DF e aos Municípios.

Em matéria tributária, porém, a competência residual foi atribuída à União, que, mediante lei complementar, poderá instituir impostos não previstos expressamente na Constituição Federal , nos termos do seu art. 154, inc. I.

DIREITO CONSTITUCIONAL

1. INTERVENÇÃO FEDERAL PELO NÃO CUMPRIMENTO DOS PRECATÓRIOS

Inicialmente, relembro que a intervenção federal é uma das limitações circunstanciais ao poder de emenda, nos termos do § 1.º do art. 60 da Constituição Federal.

O seqüestro em geral, conforme vimos, em regra tem lugar quando há quebra da ordem cronológica no pagamento de um precatório.

No caso de atraso ou suspensão no pagamento de precatório (observando-se a possibilidade de parcelamento criada pela EC n. 30/2000), estaremos diante do descumprimento de uma ordem judicial, e a solução constitucional para o caso é a intervenção da União no Distrito Federal e no Estado-membro, ou desse no Município (arts. 34, inc. VI, e 35, inc. I, ambos da CF). Conforme vimos, o atraso no pagamento de dívida decorrente de parcelamento (EC n. 30/00), para a satisfação de precatório, passou a autorizar o seqüestro, segundo entendo, sem a exclusão da possibilidade de pedido de intervenção federal.

Nos casos de desobediência à ordem ou decisão judicial, a intervenção federal no Estado-membro ou no Distrito Federal dependerá de requisição (não se trata de simples solicitação e, por isso, o Presidente da República estará vinculado à determinação) do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral (art. 36, inc. II, da CF).

O decreto de intervenção no Distrito Federal ou em um Estadomembro é expedido pelo Presidente da República (art. 84, inc. X, da CF), depois de ouvido o Conselho da

República (art. 90, inc. I, da CF), e, nessa hipótese de requisição (art. 34, inc. VI, da CF), há polêmica sobre a incidência do controle político pelo Congresso Nacional.

2. OUTRAS HIPÓTESES DE INTERVENÇÃO FEDERAL

Os fatos geradores da intervenção federal estão relacionados no art. 34 da Constituição Federal, sendo que o decreto e a execução do ato são de competência do Presidente da República (art. 84, inc. X, da CF).

Nas hipóteses dos incs. I, II, III, V do art. 34 da Constituição Federal, o Presidente da República pode agir de ofício (intervenção espontânea).

Nas demais hipóteses do art. 34, o decreto de intervenção depende de provocação (intervenção provocada), observadas as seguintes regras do art. 36 da Constituição Federal:

I – solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coato ou impedido de exercer livremente suas funções;

II – requisição do Supremo Tribunal Federal, caso a coação seja exercida contra o Poder Judiciário;

III – requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral, no caso de descumprimento de ordem ou decisão judiciária (inclusive os precatórios);

IV – requisição do Superior Tribunal de Justiça decorrente do acolhimento de representação do Procurador-Geral da República contra recusa na execução de lei federal;

V – requisição do Supremo Tribunal Federal decorrente do acolhimento de representação do Procurador-Geral da República visando assegurar a observância dos princípios constitucionais sensíveis (inc. VII do art. 34 da CF). Essa requisição decorre da denominada ADIn interventiva.

Conforme leciona HUGO NIGRO MAZZILLI, "há dois tipos de intervenção, a espontânea, em que o presidente da República age de ofício, e a provocada, quando o presidente agirá, conforme o caso, de forma discricionária ou vinculada. Será discricionária quando por solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coato ou impedido, porque se aterá o presidente a critérios de oportunidade e conveniência, não estando obrigado a decretá-la se entender que não é o caso. Por último, a intervenção vinculada ocorre em duas hipóteses:

a) quando de requisição de um dos tribunais superiores indicados na Constituição;

b) quando de provimento de representação interventiva."

Não se tratando de intervenção vinculada, o Decreto Presidencial deve ser precedido de manifestação (não vinculante) do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional.

3. A AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE INTERVENTIVA

Essa ação, por vezes denominada *representação interventiva*, tem por objeto a intervenção federal em uma das unidades da Federação, a intervenção Federal em Município de Território ou, ainda, a intervenção Estadual em um Município.

O legitimado para a propositura da ADIn Interventiva (no âmbito federal) é o Procurador-Geral da República, nos termos do inc. III do art. 36 da Constituição Federal. Qualquer interessado pode lhe encaminhar representação nesse sentido.

Trata-se de medida excepcional, restritiva da autonomia prevista no art. 18 da Constituição Federal, e que tem por objetivo garantir a observância dos princípios constitucionais sensíveis, previstos no inc. VII do art. 34 da Constituição Federal.

A autoridade ou o órgão responsável pelo ato impugnado terá trinta dias para se manifestar. Em seguida, o relator terá trinta dias para elaborar seu relatório.

Não há previsão de liminar em ADIn Interventiva da União nos Estadosmembros e no Distrito Federal, estando a matéria regulamentada pela Lei n. 4.337/64 (parcialmente recepcionada pela CF de 1988). o relator, porém, em caso de urgência decorrente de relevante interesse da ordem pública, poderá, com prévia ciência das partes, requerera imediata convocação do Tribunal para deliberar sobre a questão.

Na sessão de julgamento, poderão se manifestar o Procurador-Geral da República e o Procurador da unidade, cuja intervenção se requer.

Dando provimento ao pedido, o Supremo Tribunal Federal requisitará a intervenção ao Presidente da República, a quem incumbe decretar e executar a intervenção federal (art. 84, inc. X, da CF).

Inicialmente, o decreto (que também caracteriza uma forma de intervenção) suspenderá a execução do ato impugnado, não dependendo de qualquer manifestação do Congresso Nacional (art. 36, § 3.º, da CF). É a denominada intervenção normativa.

Caso a suspensão do ato se mostre insuficiente, será decretada a nomeação de um interventor, afastando-se a autoridade local (Chefe do Executivo, Legislativo ou Judiciário) do cargo até que cessem os motivos determinantes da medida.

Creio que a intervenção que implica o afastamento do Governador está sujeita a controle político pelo Congresso Nacional, que deverá se manifestar em 24 horas e poderá sustar o decreto interventivo (arts. 36, § 1.º, e 49, inc. IV, ambos da CF). Nesse sentido: MICHEL TEMER. Há posições no sentido de que a intervenção decorrente de requisição do Supremo Tribunal Federal não está sujeita ao controle do Congresso Nacional.

Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas retornam aos seus cargos, salvo impedimento legal.

A intervenção federal é uma das limitações circunstanciais ao poder de emenda (art. 60, § 1.º, da CF).

No caso de ADIn, que vise a intervenção estadual em um Município (art. 35, inc. IV, da CF), partes legítimas para a propositura da ação são o Procurador-Geral da Justiça e os demais legitimados pela respectiva Constituição Estadual. O julgamento é da competência do Tribunal de Justiça e a ação tem por base a inobservância dos princípios previstos na Constituição Estadual.

Nos termos do § 2.º do art. 125 da Constituição Federal, no âmbito estadual é vedada a atribuição de agir a um único órgão. Se necessária a nomeação de um interventor, o decreto interventivo fica sujeito a um controle político pela Assembléia Legislativa.

O pedido é apresentado ao Tribunal de Justiça do Estado, e admite-se a concessão de liminar para a suspensão do ato impugnado (Lei n. 5.778/72).

1. DO ESTADO DE DEFESA

Ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional (órgãos meramente consultivos), o Presidente da República pode decretar o estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades da natureza de grandes proporções.

Do decreto presidencial, que não depende de prévia autorização do Congresso Nacional, deve constar o tempo de duração da medida (não superior a 30 dias, prorrogável uma vez por igual período), a área que a medida atinge e, nos limites da lei, quais das medidas restritivas previstas nos inc. I e II do § 1.º do art. 136 da Constituição Federal serão adotadas.

Em 24 horas, o decreto deve ser encaminhado com a respectiva justificativa ao Congresso Nacional (não há, portanto, prévio pedido de autorização), que no prazo de 10 dias deverá aprová-lo (art. 49, inc. IV, da Constituição Federal) ou rejeitá-lo (art. 136, § 4.º), sempre por maioria absoluta (voto da maioria dos membros). Rejeitado o decreto, cessa de imediato o estado de defesa.

Se estiver em recesso, o Congresso será convocado para se reunir em cinco dias, permanecendo em funcionamento durante todo o período do estado de defesa.

Qualquer prisão por crime contra o Estado deverá ser imediatamente comunicada pelo executor da medida ao juiz competente (controle jurisdicional concomitante), que a relaxará se for ilegal. A comunicação da prisão, que, salvo hipótese de autorização do Poder Judiciário, não poderá exceder a 10 dias, será acompanhada de declaração, feita pela autoridade competente, do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação. É facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial, e qualquer pessoa pode impetrar *habeas corpus*.

A previsão deixa claro que nas hipóteses de estado de defesa é constitucional a prisão, ainda que não em flagrante, efetuada sem ordem judicial. É uma exceção ao disposto nos incs. LIV e LXI do art. 5.º da Constituição Federal, já que nesse período convive-se dentro de um critério de legalidade extraordinária estabelecido pela própria Constituição.

É vedada a incomunicabilidade do preso.

2. DO ESTADO DE SÍTIO (ART. 137 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

Ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional (órgãos meramente consultivos), pode o Presidente da República solicitar (há um controle político prévio) ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

- Comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia da medida tomada durante o estado de defesa

(prazo de 30 dias, prorrogável cada vez por igual período). LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR denominam essa hipótese de estado de sítio repressivo.

- Declaração de estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira (pode perdurar por todo o tempo da guerra ou da agressão armada estrangeira). É o denominado estado de sítio defensivo.

O pedido de autorização ou de prorrogação do estado de sítio deve ser acompanhado da respectiva exposição dos motivos, decidindo o Congresso por maioria absoluta.

O decreto de estado de sítio indicará a sua duração, as normas necessárias à sua execução e as garantias e direitos constitucionais que ficarão suspensos. Depois de publicado o decreto, o Presidente da República indicará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas.

O estado de sítio decretado com base no inc. I do art. 137 da Constituição Federal só autoriza a imposição das medidas específicas no art. 139 da própria Constituição Federal.

O estado de sítio decretado com base no inc. II do art. 137, em tese, admite a suspensão de qualquer direito ou garantia constitucional, desde que prevista na autorização do Congresso Nacional.

3. OBSERVAÇÕES

O estado de defesa e o estado de sítio estão sujeitos a um controle político concomitante – uma comissão composta por cinco parlamentares (designados pela mesa do Congresso Nacional após ser dada oportunidade de manifestação aos líderes partidários) acompanhará e fiscalizará a execução das medidas, nos termos do art. 140 da Constituição Federal – e a um controle político posterior – na apreciação do relatório que será encaminhado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional logo que cesse a medida, nos termos do art. 141 da Constituição Federal.

A qualquer tempo, o Congresso Nacional, que permanece em funcionamento enquanto perdurar a medida de exceção, pode suspender o estado de defesa ou o estado de sítio (art. 49, inc. IV, da Constituição Federal).

O controle jurisdicional concomitante se faz, sobretudo, por intermédio do *habeas corpus* e do mandado de segurança, que serão analisados à luz das restrições autorizadas pela própria Constituição Federal (à luz da legalidade extraordinária).

O controle jurisdicional posterior é o mesmo previsto para o estado de defesa e para o estado de sítio, pois os executores e os agentes das medidas excepcionais poderão ser responsabilizados pelos ilícitos (principalmente excessos) eventualmente cometidos.

Não cabe ao Poder Judiciário analisar a conveniência ou a oportunidade da medida, que é essencialmente política.

MÓDULO XIV

DIREITO CONSTITUCIONAL

Separação dos poderes

DIREITO CONSTITUCIONAL

Separação dos Poderes

1. PODER LEGISLATIVO

1.1. Poder Legislativo e suas Funções

As funções precípuas do Legislativo são: elaborar as leis (desde a EC até as leis ordinárias), exercer o controle político do Poder Executivo e realizar a fiscalização orçamentária de todos os que lidam com verbas públicas.

O Poder Legislativo Federal é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (sistema bicameral).

Nosso sistema bicameral, a exemplo dos Estados Unidos da América do Norte, é do tipo federativo. Há uma casa legislativa composta por representantes do povo, eleitos em número relativamente proporcional à população de cada unidade da Federação (Câmara dos Deputados), bem como uma outra casa legislativa (Senado Federal) com representação igualitária de cada uma das unidades da Federação (Estados membros e DF, com 3 senadores cada).

O Poder Legislativo Estadual é exercido pela Assembléia Legislativa, que, no DF, é denominada Câmara Legislativa.

O Poder Legislativo Municipal é exercido pela Câmara dos Vereadores.

Cada legislatura tem a duração de 4 anos, o que corresponde a quatro sessões divididas em 8 períodos, conforme consta do art. 44 c.c. art. 57, ambos da Constituição Federal .

O mandato dos deputados e vereadores é de 4 anos (uma legislatura), o dos senadores, 8 anos, havendo sua renovação a cada 4 anos, na proporção intercalada de 1/3 e 2/3.

O número de deputados federais (hoje são 513) deve ser proporcional à população de cada Estado membro, nos termos da LC n. 78/93, que dispõe sobre o tema. Nenhum Estado membro pode ter menos de 8 deputados federais e o Estado mais populoso (atualmente é São Paulo) "será representado" por 70 deputados federais.

Os Territórios Federais (atualmente inexistentes) elegiam 4 deputados federais e não elegiam senadores.

Os senadores representam os Estados e o DF; são em número de 3 por unidade da Federação, com 2 suplentes, e mandato de 8 anos (26 Estados membros mais o DF: 81 senadores).

Obs.: Atualmente, o núcleo eleitoral é circunscricional (cada Estado, e também o DF, representa uma circunscrição), mas com a reforma política poderá ser distrital (cada distrito, uma vaga).

Os deputados estaduais, em São Paulo, somam 94, observados os cálculos do art. 27 da Constituição Federal.

De acordo com as suas respectivas populações, os Municípios terão entre 9 e 55 vereadores (art. 29, inc. IV, da CF). Prevalece no Tribunal de Justiça de São Paulo que a fixação desse número, dentro dos limites constitucionais, é de competência exclusiva da legislação municipal:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Pretendida fixação de número de Vereadores com vinculação ao de habitantes do Município. Redução que implicaria em violação da descrição outorgada pelo constituinte ao Legislativo de cada ente autônomo. Própria Constituição que não fixou o critério rígido e vinculativo para estabelecer o número de representantes do Órgão Municipal, predeterminando um número certo. Judiciário que não pode invadir a esfera de "poderes" do Legislativo para decantar a determinação no que concerne à quantidade de participantes do Órgão. Recurso não provido.(Ap. Cível n. 75.943-5, Bauru, 7ª Câmara de Direito Público,Rel. Guerrieri Rezende, 28.6.1999, - v. u., Juis Saraiva 21)

Os princípios da razoabilidade (art. 111 da CE de São Paulo) e da moralidade administrativa (art. 37 da CF) autorizam, entretanto, que flagrantes desproporcionalidades sejam corrigidas pelo Poder Judiciário.

A idade mínima para ser eleito senador é de 35 anos; para deputado estadual ou federal é de 21 anos; e para vereador é de 18 anos.

A renovação do Senado ocorre de 4 em 4 anos, alternando-se 1/3 ou 2/3 pelo princípio majoritário (ganha o candidato mais votado, independentemente dos votos de seu partido).

1.2. As Deliberações

Para que a sessão de votação seja instalada, é necessária a presença da maioria dos membros da casa (quorum de maioria absoluta para a instalação).

Salvo disposição constitucional em sentido contrário, as deliberações de cada uma das casas (Câmara ou Senado) e de suas comissões são tomadas por maioria de votos (quorum de aprovação), presente a maioria absoluta de seus membros (art. 47 da CF). É a denominada maioria simples, ou maioria relativa.

No caso da Câmara dos Deputados, faz-se o seguinte cálculo: 513 : 2 = 256; portanto, 257 representam a maioria absoluta dos membros (quorum de instalação). Para a deliberação ser aprovada, deve contar com mais votos a favor do que contra. As abstenções dos presentes só validam o quorum de instalação.

O quorum de maioria qualificada (especial) é aquele que exige o voto favorável de 2/3 ou de 3/5 de todos os membros da casa.

Em regra, as deliberações legislativas do Congresso Nacional são submetidas à sanção do Presidente da República.

Algumas matérias, porém, não exigem a sanção do Presidente, pois são de competência exclusiva do Congresso, da Câmara ou do Senado (arts. 49, 51 e 52 da CF).

Exemplos de matérias que não dependem da sanção do Presidente da República:Emenda Constitucional ; autorização para a instauração de processo contra o próprio Presidente e seus Ministros (competência da Câmara); convocação de plebiscito ou referendo (competência do Congresso Nacional); suspensão da execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; julgamento do Presidente e dos Ministros do Supremo Tribunal Federal por crime de responsabilidade (competência do Senado Federal).

A sessão legislativa ordinária corresponde às reuniões do Congresso Nacional, que se realizam de 15 de fevereiro a 30 de junho e de 1.º de agosto a 15 de dezembro (dois períodos da sessão anual). Não se interrompe a sessão legislativa sem a aprovação da lei de diretrizes orçamentárias.

As mesas diretoras são escolhidas nas sessões preparatórias de 1.º de fevereiro, com mandato de 2 anos, vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subseqüente da mesma legislatura.

O voto dos parlamentares pode ser ostensivo (nas espécies simbólico ou nominal) ou secreto, nos termos da Constituição Federal e dos Regimentos Internos.

De acordo com o art. 67 da Constituição Federal, matéria constante de projeto de lei rejeitado só pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa, mediante proposta assinada pela maioria absoluta dos membros de qualquer das casas.

O Congresso Nacional é presidido pelo presidente do Senado Federal e pode ser convocado extraordinariamente, em casos de urgência ou relevante interesse público, ocasião em que só deliberará sobre a matéria que deu causa à convocação. Exs.: convocação ou comparecimento de ministros, perda de mandato de congressistas, propositura de ação direta de inconstitucionalidade, liberação de pronunciamento de parlamentar durante estado de sítio etc.

O Presidente da República, os presidentes da Câmara e do Senado, ou a maioria dos membros de ambas as Casas podem convocar extraordinariamente o Congresso em caso de urgência ou de interesse público relevante.

1.3. Sistema Proporcional e Sistema Majoritário

Pelo sistema proporcional – adotado nas eleições para deputado federal, deputado estadual e vereador, e disciplinado nos arts. 105 e 113 do Código Eleitoral –, inicialmente mais vale a votação do partido que a do candidato, circunstância que deu ao critério a denominação de *colorido partidário*.

Nesse sistema proporcional, somam-se os votos válidos (votos dados para os partidos e seus candidatos) e divide-se o resultado pelo número de cadeiras a preencher, obtendo-se assim o quociente eleitoral. De acordo com o art. 5.º da Lei n. 9.504/97 (que alterou a regra do art. 106 do Código Eleitoral), os votos brancos e os votos nulos não são considerados nos cálculos. Em seguida, dividem-se os votos de cada partido ou coligação pelo quociente eleitoral, obtendo-se o número de eleitos de cada agremiação (quociente partidário).

O partido que não atinge o quociente eleitoral não elege nenhum deputado ou vereador (salvo se nenhum partido atingir esse quociente, quando, então, as vagas serão preenchidas pelos candidatos mais votados, independentemente dos partidos).

As sobras também serão destinadas aos partidos que obtiverem as maiores médias. Essa *técnica da maior média* determina que os votos do partido ou coligação sejam divididos pelo número de cadeiras por ele conquistadas mais um, obtendo-se assim a média de cada um dos concorrentes e o número final de cadeiras a que cada partido ou coligação terá direito.

Obtido esse número final de cadeiras, estarão eleitos os candidatos mais votados de cada partido ou coligação, em número capaz de preencher as vagas destinadas à agremiação.

Exemplo: Município no qual sejam apurados dez mil votos válidos (votos dados para as legendas e para os candidatos) e que tenha dez cadeiras de vereador a preencher. O quociente eleitoral é 1.000, ou seja, 10.000 votos divididos por dez cadeiras a preencher. O partido A e seus candidatos somam 5.500 votos. Dividindo-se esse número pelo quociente eleitoral (5.500 : 1.000 = 5,5), desde logo, o partido A terá 5 cadeiras. A coligação B/C e seus candidatos somam 3.800 votos, garantindo, desde logo, 3 cadeiras (3.800 : 1.000 = 3,8). O partido D e seus candidatos somam 700 votos e, assim, não atingem o quociente eleitoral (1.000). Com isso, o partido D não elege nenhum candidato.

Por ora, foram preenchidas oito vagas e restam duas. As sobras (duas cadeiras) serão divididas da seguinte forma: divide-se o número de votos do partido A (5.500) pelo número de cadeiras por ele obtido (5) + 1, ou seja, 5.500 : 6, atingindo-se a média 916. Divide-se o número de votos da coligação B/C (3.800) pelo número de cadeiras por ela obtido (3) + 1, ou seja, 3.800 : 4, atingindo-se a média 950. A maior média foi obtida pela coligação B/C que, assim, ganha mais uma cadeira (a 4.ª).

Resta, porém, a 10.ª cadeira. Os cálculos são repetidos, agora considerando a nova cadeira obtida pela coligação B/C, nos seguintes termos: divide-se o número de votos do partido A (5.500) pelo número de cadeiras por ele obtido (5) + 1, ou seja, 5.500: 6, atingindo-se a média 916. Divide-se o número de votos da coligação B/C (3.800) pelo número de cadeiras por ela obtido (agora, 4) + 1, ou seja, 3.800 : 5, atingindo-se a média 760. A maior média foi obtida pelo partido A que, assim, ganha mais uma cadeira (a 6.ª).

No final, o partido A preencherá 6 cadeiras e a coligação B/C preencherá 4, sendo esses os seus quocientes partidários.

Nas eleições proporcionais, somente após a apuração dos números finais de cada partido ou coligação é que interessará a ordem interna de votação individual, ou seja, o número de votos que cada candidato obteve. Os lugares, que cada partido ou coligação obtiver, serão distribuídos aos seus candidatos mais votados (os 6 mais votados do partido A e os 4 mais votados da coligação B/C ganharão uma cadeira).

1.4. As Comissões

Além dos plenários, o Legislativo (Congresso, Câmara dos Deputados, Senado Federal, Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores) atua por meio de comissões– grupos menores de parlamentares que atuam, de forma transitória ou permanente, sobre determinados assuntos.

Exemplos de comissões permanentes são a Comissão de Constituição e Justiça e a Comissão de Cidadania. Exemplo de comissão temporária é a Comissão Parlamentar de Inquérito.

A finalidade precípua das comissões é fornecer ao plenário uma opinião aprofundada sobre o tema a ser debatido (espécie de parecer). Os pareceres das Comissões de Constituição e Justiça costumam ser terminativos. Os próprios regimentos internos da Câmara e do Senado, porém, admitem que os projetos rejeitados pelas comissões sejam levados para votação, se o plenário der provimento a recurso nesse sentido que tenha sido apresentado por um décimo dos membros da casa respectiva.

Na formação das comissões, deve ser observada a representação proporcional dos partidos.

As comissões são técnicas (Comissão de Constituição e Justiça), de inquérito ou representativas do Congresso Nacional (funcionam durante os recessos e dentro dos limites previstos no Regimento Interno).

A Constituição admite que à comissão seja delegada a deliberação (votação) sobre projeto de lei que dispensar, na forma do Regimento Interno, a competência do plenário. É a chamada delegação *interna corporis* (art. 58, § 2.º, inc. I, da CF), impugnável antes da votação por recurso de 1/10 dos membros da Casa e que não pode ser utilizada para aprovação de Projeto de Emenda Constitucional ou de Lei Complementar.

No Senado, o prazo para o recurso é de 5 dias úteis, contados da publicação da decisão (art. 91, § 3.º, do Regimento Interno do Senado). Na Câmara, o prazo é de 5 sessões, contadas da publicação da decisão (art. 58, § 1.º, do Regimento Interno da Câmara).

1.4.1. As Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs)

As CPIs podem ser criadas, em conjunto ou separadamente, pela Câmara e pelo Senado – mediante requerimento de 1/3 dos respectivos membros, aprovado por maioria simples em plenário – para, em prazo certo (que pode ser prorrogado dentro da mesma legislatura), apurar fato determinado e de interesse público.

As CPIs têm poderes *de investigação* próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas casas.

As deliberações das CPIs, quando relacionadas a poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias, devem ser fundamentadas. Em decisão de 1999 (MS n. 23.452-RJ), o Supremo Tribunal Federal admitiu a quebra de

sigilo bancário, fiscal e de *registros* telefônicos por determinação de Comissão Parlamentar de Inquérito, desde que devidamente motivada.

A LC n. 105/01, que dispõe sobre sigilo bancário, revogou o art. 38 da Lei n. 4.595/94, autorizando que o Poder Legislativo Federal e as CPIs, fundamentadamente, tenham acesso direto (sem ordem judicial) a informações e documentos sigilosos das instituições financeiras. As requisições devem ser aprovadas previamente pelo plenário da Câmara, do Senado ou da respectiva Comissão Parlamentar de Inquérito.

Quanto ao sigilo telefônico, à decretação de prisão preventiva, escuta telefônica, e busca e apreensão domiciliar, cinco ministros do Supremo Tribunal Federal já declararam (incidentalmente) que sobre os temas incide o princípio da reserva de jurisdição, ou seja, tais medidas exigem prévia autorização judicial por previsão constitucional (*v. Boletim IBCCRIM de outubro de 1.999, p. 1 e Informativo STF n. 212, de 1.12.2000*).

Admite-se que a Comissão Parlamentar de Inquérito determine a condução coercitiva de testemunha (TJSP, Órgão Especial, Agravo Regimental n. 48.640-0/3-01, Rel. Des. Dirceu de Mello) e a prisão em flagrante por falso testemunho (STF, HC 75.287- 0).

Respeitados o sigilo profissional, as prerrogativas funcionais e o direito ao silêncio dos acusados, a Comissão Parlamentar de Inquérito pode determinar que qualquer pessoa preste depoimento.

A Comissão Parlamentar de Inquérito deve respeito ao princípio da autonomia dos Estados, do DF e dos Municípios, cujos Legislativos são exclusivamente responsáveis pela investigação parlamentar de assuntos de interesse público local.

Suas conclusões (instrumentalizadas por projeto de resolução) e a resolução que as aprovar (depende de maioria simples) são encaminhadas ao Ministério Público ou às autoridades administrativas ou judiciais competentes, para que seja promovida a responsabilização administrativa, civil e criminal dos infratores.

O receptor das conclusões, segundo prevê a Lei n. 10.001, de 4.9.2000, em 30 dias deve informar as providências tomadas, ou justificar sua omissão. Vige, ainda, a Lei n. 1.579/52, que também disciplina os trabalhos das CPIs.

A autoridade que presidir processo ou procedimento, administrativo ou judicial, instaurado em razão das conclusões da Comissão Parlamentar de Inquérito, comunicará, semestralmente e até sua conclusão, a fase em que se encontra o processo. O processo ou procedimento instaurado em razão do relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito deverá tramitar com prioridade sobre os demais (exceto *habeas corpus*, *habeas data* e MS).

O descumprimento da Lei n. 10.001/00 sujeita a autoridade a sanções administrativas, civis e criminais, disposição que está sendo questionada sob o argumento de que viola a independência do Ministério e a separação dos Poderes.

1.5. Imunidades e Impedimentos

1.5.1. A imunidade material (real) ou inviolabilidade parlamentar

Os parlamentares federais (deputados federais e senadores), estaduais (deputados estaduais) e municipais (vereadores) são invioláveis, civil e

penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos (redação pela EC n. 35). Trata-se de imunidade material (real), que exime o parlamentar do enquadramento no tipo penal, impedindo a instauração de Inquérito Policial.

Conforme leciona o mestre DAMÁSIO DE JESUS[1], trata-se de causa funcional de exclusão de pena e não de exclusão da antijuridicidade. Por isso, embora não seja punível, o fato pode ser típico e ilícito, admitindo inclusive a legítima defesa.

A inviolabilidade (imunidade material), segundo prevalece no Supremo Tribunal Federal, significa que o parlamentar não pode ser responsabilizado civil ou penalmente, a qualquer tempo, por suas opiniões, palavras e votos manifestados no exercício do mandato. A imunidade real tem por pressuposto o exercício do mandato ou, ao menos, um nexo de causalidade entre o ato praticado e a qualidade de mandatário político do agente (*DJU* de 18.6.01, Informativo STF n. 232).

Há decisões no sentido de que a imunidade material não é absoluta, ou seja, não permite aos parlamentares ofensas a outras pessoas – políticos ou não. (Ap. Cível n. 97.383-4, 1.ª Câmara de Direito Privado do TJSP, v. u. 8.8.00, Rel. Des. Laerte Nordi).

Superada a fase do absolutismo, época em que os soberanos eram representantes divinos e, por isso, infalíveis, as bases constitucionais das diversas sociedade passaram a sujeitar todas as pessoas, públicas ou privadas, ao império das leis. A partir de então, também o Estado passou a ser sujeito passivo de pleitos indenizatórios em razão de abusos de seus agentes. É princípio elementar de nossa Constituição Federal, consagrado dentre os direitos fundamentais, que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito pode

[1] *Código de Processo Penal Anotado.* 12.ª ed. São Paulo: Saraiva. p. 20

ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário (inc. XXXV do art. 5.º da CF).

Desde a Constituição Federal de 1946, a responsabilidade civil do Estado, pelos atos nocivos de seus servidores, não exige a culpa da prática de ato contrário ao direito, ou da falta de dever prescrito por lei. Basta que o prejudicado demonstre a ação ou omissão, o dano e o nexo de causalidade entre esse e o comportamento do agente público. Ainda que a conduta danosa do Estado seja lícita, ela pode gerar prejuízos indiretos a terceiros, a exemplo do policial que, no estrito cumprimento de um dever legal, dispara contra um ladrão e atinge um automóvel de terceiro. O fato, lícito, era de interesse da sociedade, porém causou dano a terceiro que não estava vinculado ao crime. Pelo princípio da solidariedade social, não é justo que apenas um arque com os prejuízos de um ato supostamente praticado em favor de todos. A regra, aliás, não poderia ser diversa, pois, mesmo em relação à responsabilidade subjetiva do direito privado, cabe a reparação de danos causados por atos lícitos (arts. 160, 1.519 e 1.520 do CC).

O dano indenizável é aquele certo, material ou moral, que supera as pequenas lesões decorrentes do convívio social (respirar alguma poeira momentaneamente gerada por obra pública, desviar o caminho em razão de bloqueios transitórios de trânsito etc.).

Conforme leciona CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO[2], "para que haja a responsabilidade pública importa que o comportamento derive de um agente público. O título jurídico da investidura não é relevante. Basta que seja qualificado como agente público, é dizer, apto para comportamentos imputáveis ao Estado (ou outras pessoas, de direito público ou privado, prestadoras de serviços públicos, quando atuarem nessa qualidade) (...) A condição do agente, no sentido ora indicado, não se descaracteriza pelo fato de

---

[2] *Curso de Direito Administrativo*. 11.ª ed. Malheiros. p.687

haver agido impulsionado por sentimentos pessoais ou, por qualquer modo, estranhos à finalidade do serviço. Basta que tenha podido produzir o dano por desfrutar de posição jurídica que lhe resulte da qualidade de agente atuando em relação com o serviço público, bem ou mal desempenhado".

O mesmo critério de responsabilização deve ser aplicado aos atos danosos decorrentes de parlamentares, quer praticados individual ou conjuntamente (por suas comissões). Ainda que invioláveis os seus membros e, conseqüentemente, excluída a punibilidade de suas condutas, eventuais prejuízos, materiais ou morais (cumulativamente, se for o caso, nos termos da Súmula n. 37 do STJ), decorrentes de seus atos, devem ser suportados pelo Estado, observado o critério da responsabilidade objetiva, nos termos do § 6.º do art. 37 da Constituição Federal .

Eventual abuso por parte dos parlamentares (p. ex.: desnecessária violação do sigilo que envolve determinadas investigações, ofensa desnecessária etc.) acarreta ação de regresso do Estado, parecendo oportuno destacar que a doutrina e a jurisprudência prevalentes não admitem a denunciação da lide ao servidor, na ação movida pelo particular contra a União.

O prazo para a propositura da ação contra o Estado é de 5 anos. Em relação à pessoa física do parlamentar, caso admitida a ação regressiva, aplica-se a prescrição vintenária (art. 177 do CC).

A Constituição Federal anterior, em seu art. 32, estabelecia que a imunidade material somente poderia ser invocada caso o delito de opinião fosse cometido "no exercício do mandato". A Constituição Federal de 1988 não explicitou a exigência, porém o Supremo Tribunal Federal já deliberou que a imunidade material alcança apenas as manifestações escritas ou orais que

guardem relação com o exercício da função parlamentar ou dela sejam conseqüência (STF, inqs. n. 396 e 510).

1.5.2. A incoercibilidade pessoal relativa e a moratória processual.

De acordo com a atual redação dos §§ 2.º, 3.º e 4.º do art. 53 da Constituição Federal (redação da EC n. 35), desde a expedição do diploma os membros do Congresso Nacional (e também os Deputados Estaduais, por força do § 1.º do art. 27 da CF) não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, imunidade denominada *incoercibilidade pessoal* relativa (*freedom from arrest*) pelo Supremo Tribunal Federal (Inquérito 510, RTJ 135, p. 509, *in* Juis Saraiva 21). A incoercibilidade pessoal relativa também protege os Deputados e Senadores contra a prisão civil. No caso de prisão em flagrante por crime inafiançável, os autos devem ser encaminhados em 24 horas para a casa parlamentar respectiva, que pelo voto (não há mais previsão constitucional de voto secreto nesta hipótese) da maioria dos seus membros resolverá sobre a prisão. De acordo com o inc. IV do art. 251 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, recebidos os autos da prisão em flagrante o Presidente da Casa os encaminhará à Comissão de Constituição e Justiça, a qual determinará a apresentação do preso e passará a mantê-lo sob a sua custódia até a deliberação do plenário.

Não subsiste a imunidade processual (formal), pela qual a denúncia criminal contra deputados e senadores somente podia ser recebida após prévia licença da maioria dos membros da sua casa parlamentar.

Contudo, de acordo com a atual redação do § 3.º do art. 53 da Constituição Federal (de teor similar ao do art. 28 da Constituição de 1824),

recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime (ou contravenção penal) ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal (ou o Tribunal de Justiça no caso de Deputado Estadual) dará ciência à casa respectiva, que, por iniciativa de qualquer dos partidos políticos nela representado e pelo voto (ostensivo, aberto) da maioria dos seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

Os Deputados Federais e Senadores, desde a expedição do diploma, são submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal por infrações de natureza criminal. Cessado definitivamente o mandato, cessa a prerrogativa de foro, estando cancelada a Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal.

O pedido de sustação deve ser apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de 45 dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

A sustação do processo (imunidade que denominaremos *moratória processual*) suspende a prescrição, enquanto durar o mandato, não beneficiando o parlamentar em caso de crime ocorrido antes da diplomação (observado como tempo do crime o momento da ação ou omissão - teoria da atividade – art. 4.º do Código Penal).

As imunidades parlamentares não obstam, desde que observado o devido processo legal, a execução das penas privativas de liberdade *definitivamente* impostas ao deputado ou senador (RTJ 70/607).

1.5.3. Outras prerrogativas

Os deputados e senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações (art. 53, § 6.º, da CF, redação dada pela emenda constitucional n. 35, de 20/12/2001). Quanto aos demais fatos, os deputados e senadores têm o dever de testemunhar, embora devam ser convidados a depor, e não intimados, sob pena de condução coercitiva.

A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva (art. 53, § 7.º, da CF, com redação dada pela emenda constitucional n. 35, de 20/12/2001).

Conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, as imunidades parlamentares (reais e processuais) são irrenunciáveis, indisponíveis (STF, Inq. n. 510, Plenário, *DJU* de 19.4.1991, p. 4581-2).

Estabelece § 8.º, do art. 53 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 35 "As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida".

1.5.4. Os principais impedimentos

Os parlamentares federais não podem ser proprietários, controladores ou diretores de empresas que gozem de favores decorrentes de contratos com pessoas jurídicas de direito público, ou patrocinadores de causas daquelas.

Podem ter licença não remunerada de 120 dias, por sessão legislativa, para tratar de assuntos particulares

Poderá perder o mandato o parlamentar federal que infringir os impedimentos do art. 55 da Constituição Federal; que tiver comportamento incompatível com o decoro parlamentar; que injustificadamente deixar de comparecer (em cada sessão legislativa) a um terço das sessões ordinárias da Casa a qual pertence; que sofrer condenação criminal transitada em julgado; quando a Justiça Eleitoral decretar a perda do mandato; e na hipótese de perder ou ter suspensos os seus direitos políticos.

Nos casos de infringência dos impedimentos, falta de decoro e condenação criminal transitada em julgado, a perda do mandato será decidida pela Casa respectiva, após provocação da Mesa ou de partido com representação na Casa, por meio de voto secreto da maioria absoluta, com ampla defesa.

Nos casos de faltas excessivas e de decretação pela Justiça Eleitoral da perda do mandato, essa será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício, por provocação de partido nela representado ou de qualquer dos seus membros, assegurada a ampla defesa.

A renúncia de parlamentar submetido a processo ou investigação, que possam levar à perda do mandato, terá seus efeitos suspensos até que o plenário ou a mesa respectiva deliberem sobre a perda (Emenda Revisional n.

6, de 7.6.1994). Se declarada a perda do mandato, normalmente acompanhada da inabilitação política por vários anos, a renúncia é arquivada.

Os parlamentares (membros do Legislativo) que perdem seus mandatos eletivos por infringência dos incs. I e II do art. 55 da Constituição Federal (e dispositivos congêneres das Constituições Estaduais, da Lei Orgânica do DF e das Leis Orgânicas Municipais) ficam inelegíveis, condição que perdura durante o período do mandato para o qual foram eleitos e por mais 8 anos, contados do término da legislatura (alínea "b" do inc. I do art. 1.º da LC n. 64/90).

Os deputados estaduais gozam das mesmas imunidades e sofrem os mesmos impedimentos dos parlamentares federais (art. 27, § 1.º, da CF).

1.5.5. A inviolabilidade dos vereadores

A inviolabilidade dos vereadores – por suas opiniões, palavras e votos, no exercício do seu mandato e na circunscrição do Município em que atuam –, vem prevista no art. 29, inc. VIII, da Constituição Federal .

Trata-se de imunidade material, que exime o vereador de enquadramento penal por delitos de opinião ou de palavra (crimes contra a honra, vilipêndio oral a culto religioso etc.). Impede o inquérito policial e a ação penal (sobre o tema, ver DAMÁSIO DE JESUS – comentários ao art. 61)[3].

Por crime comum, o vereador é julgado pelo juiz de primeiro grau, porém, a Constituição de seu Estado pode lhe atribuir a prerrogativa de ser julgado pelo Tribunal de Justiça (art. 125, § 1.º, da CF). Por infração político-

[3] *Op. cit. Código de Processo Penal Anotado.*

administrativa (crime próprio de responsabilidade), o vereador é julgado pela respectiva Câmara Municipal.

1.6. Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária

1.6.1. O controle externo

Todas as pessoas, físicas ou jurídicas, públicas (inclusive o Poder Judiciário) ou privadas, que utilizam, arrecadam, guardam, gerenciam ou administram dinheiro, bens e valores públicos, estão sujeitas à prestação e tomada de contas pelo controle externo e pelo sistema de controle interno de cada Poder. O controle externo é realizado pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas (a redação dada ao par. ún. do art. 70 da CF pela EC n. 19/98 ampliou o controle).

O Tribunal de Contas é um órgão de apoio dos Poderes da República e que auxilia o Poder Legislativo na realização do controle externo da gestão do patrimônio público.

Embora disciplinado no capítulo da Constituição Federal pertinente ao Poder Legislativo (por isso, muitos classificam os Tribunais de Contas como órgão auxiliar do Poder Legislativo), o Tribunal de Contas tem as mesmas garantias de independência que o constituinte reservou aos membros do Judiciário.

As inspeções e auditorias do Tribunal de Contas da União são realizadas por iniciativa do próprio Tribunal ou da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou comissões das respectivas Casas.

Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar ao Tribunal de Contas da União ilegalidade ou irregularidade. Mesmo sem lei específica, a denúncia pode ser encaminhada com base no direito de petição.

1.6.2. Tribunal de Contas da União

O Tribunal de Contas da União é formado por 9 ministros, um terço deles escolhido pelo Presidente da República, com a aprovação do Senado Federal. Desse um terço, alternadamente, 2 devem ser escolhidos entre os membros do Ministério Público Federal e auditores que atuam junto ao Tribunal de Contas da União, conforme lista tríplice elaborada pelo próprio TCU. Os outros 6 ministros são escolhidos pelo Congresso Nacional.

A escolha dos ministros do Tribunal de Contas da União está disciplinada pelo Dec.-lei n. 06/93.

Os 9 membros serão escolhidos entre os brasileiros que preencham os seguintes requisitos:

- mais de 35 e menos de 65 anos;
- idoneidade moral e reputação ilibada;
- notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;
- mais de 10 anos de função exercida ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos referidos anteriormente.

Os ministros do Tribunal de Contas da União têm as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos ministros do Superior Tribunal de Justiça.

Além de emitir pareceres (em 60 dias) das contas anuais do Presidente da República, exercer fiscalização e representar aos órgãos competentes sobre as irregularidades apuradas, o Tribunal de Contas da União julga contas dos administradores e de outros responsáveis por bens e valores públicos. No caso do Presidente da República, o julgamento das contas é ato privativo do Congresso Nacional (art. 49, inc. IX), competindo ao Tribunal de Contas da União tão-somente a elaboração de parecer prévio.

Constatando a irregularidade, de ato ou contrato, o Tribunal de Contas da União representa ao Congresso Nacional, solicitando as medidas cabíveis. Se em 90 dias nada for decidido pelo Congresso Nacional (que julga politicamente e pode decidir não determinar qualquer medida), o próprio Tribunal de Contas da União decidirá a respeito, podendo até mesmo sustar a execução do ato ou do contrato impugnado.

No exercício de suas atribuições, o Tribunal de Contas da União pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público, conforme estabelece a Súmula n. 347 do Supremo Tribunal Federal. O controle é feito para o caso concreto.

Ricardo Chimenti[4] sustenta que os acórdãos do Tribunal de Contas da União têm força de título executivo extrajudicial, podendo ser inscritos na dívida ativa e, assim, executados nos termos da Lei n. 6.830/80 (Lei das Execuções Fiscais).

---

[4] *Lei de Execução Fiscal Comentada e Anotada*. 3.ª ed. São Paulo: RT, 2000. p. 49-50.

Os responsáveis pelo controle interno devem dar ciência ao Tribunal de Contas da União de qualquer irregularidade apurada, sob pena de responsabilidade solidária.

1.6.3. Tribunais de Contas dos Estados

Os Estados membros possuem os chamados Tribunais de Contas dos Estados, que são compostos por 7 conselheiros. O controle externo dos recursos públicos do Estado é feito pelas Assembléias Legislativas com o auxílio dos TCEs.

Em São Paulo, o julgamento das contas do governador é feita pela maioria absoluta dos membros da Assembléia Legislativa (art. 10, § 1.º, da CE).

Os Estados membros criados após a Constituição Federal de 1988 , nos seus primeiros 10 anos, deverão ter 3 conselheiros nomeados pelo governador (art. 235, inc. III, da CF).

1.6.4. As contas municipais

É vedada a criação de tribunais, conselhos ou órgãos de contas municipais (art. 31, § 4.º, da CF). Os TCMs existentes antes da Constituição Federal de 1988 , a exemplo de São Paulo e Rio de Janeiro, foram mantidos (art. 31, § 1.º, da CF) e auxiliam as respectivas Câmaras Municipais no controle externo das contas públicas.

O Tribunal de Contas do Município de São Paulo é composto por 5 conselheiros, nos termos do artigo 151 da Constituição Estadual.

Nos Municípios, onde não há TCM, o controle externo é feito pela Câmara de Vereadores, com o auxílio do TCE respectivo.

O § 3.º do art. 31 da Constituição Federal estabelece que as contas dos Municípios ficarão durante 60 dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade nos termos da lei.

O parecer emitido pelos TCs, em relação às contas dos prefeitos, só não prevalece se derrubado por voto de 2/3 (chamado de maioria qualificada) dos membros da respectiva Câmara Municipal (art. 31, § 2.º, da CF).

Pela alínea "g" do inc. I do art. 1.º da LC n. 64/90 (Lei Federal das Inelegibilidades), aquele que tiver suas contas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível de órgão competente, fica inelegível pelos 5 anos seguintes à data da decisão, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário.

A Súmula n. 1 do Tribunal Superior Eleitoral estabelece que "proposta a ação para desconstituir a decisão que rejeitou as contas, anteriormente à impugnação, fica suspensa a inelegibilidade". A ação judicial deve ser proposta antes da apresentação do pedido de impugnação do registro da candidatura.

A Lei Complementar n. 86/96, na parte que garantia o exercício do mandato eletivo enquanto estivesse pendente ação rescisória contra a decisão judicial de inelegibilidade, teve sua maior parte suspensa cautelarmente pela ADIn. n. 1459-5.

Diante de inúmeras alterações introduzidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/00), aposta-se na intensificação das atividades dos Tribunais de Contas.

1.6.5. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União

O Ministério Público, que atua junto ao Tribunal de Contas da União (art. 73, § 2.º, I, da CF), é regido por lei ordinária de iniciativa do próprio Tribunal de Contas da União e não por lei complementar de iniciativa do Procurador Geral da República, embora seus membros (inclusive um procurador geral próprio) estejam sujeitos aos mesmos direitos, vedações e forma de investidura impostos aos demais integrantes do Ministério Público em geral (art. 130 da CF).

O poder de auto-organização do Tribunal de Contas da União e a constitucionalidade da Lei n. 8.443/92, que dispõe sobre a sua organização e composição, já foram reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal (ADIn n. 798-1-DF).

O ingresso na carreira ocorre mediante concurso de provas e títulos.

Conforme leciona HUGO NIGRO MAZZILLI (), “os membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas têm atuação restrita a esses tribunais, dando pareceres e atuando como *custos legis* nos procedimentos e processos respectivos. Caso se apure a existência de ilícito penal ou civil, devem as peças ser remetidas aos membros do Ministério Público que tenham atribuições perante os juízes e tribunais judiciários, para a promoção da ação civil ou penal competente”.[5]

[5] *Introdução ao Ministério Público*. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 69

Em São Paulo, vige o art. 120 da LC Estadual n. 734/93 que, fundado nos arts. 31, § 2.º, e 94, inc. VI, ambos da CE, atribuiu aos procuradores de justiça do Ministério Público Estadual comum a prerrogativa de atuar junto ao TCE e ao TCM. A norma, porém, é questionável, já que há decisão (liminar) do Supremo Tribunal Federal no sentido de que no âmbito estadual devem ser observadas as regras do art. 75 da Constituição Federal (ADIn. n. 892-7/RS e 1545-1/SE).

MÓDULO XV

DIREITO CONSTITUCIONAL

DIREITO CONSTITUCIONAL

Processo Legislativo

1. INTRODUÇÃO

O processo legislativo compreende o conjunto de atos observados na proposta e na elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, decretos legislativos, resoluções e medidas provisórias (art. 59da Constituição Federal).

A Lei Complementar n. 95/98, que regulamenta o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, dispõe sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. É a denominada “lei das leis”, recentemente alterada pela Lei Complementar n. 107/01.

1.1. Das Emendas à Constituição (Poder Constituinte Derivado Reformador)

O art. 60 da Constituição Federal dispõe que essa poderá ser emendada mediante proposta:

- de um terço (1/3), no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
- do Presidente da República;

- de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros (maioria absoluta quanto ao número de Assembléias e maioria simples quanto aos seus membros).

JOSÉ AFONSO DA SILVA sustenta que a proposta de Emenda Constitucional pode decorrer de iniciativa popular, posição polêmica que não está expressamente prevista no art. 60 da Constituição Federal, mas que tem por base a regra de que todo o poder emana do povo (art. 1.º, par. ún., da Constituição Federal).

A proposta de Emenda Constitucional é discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos em cada uma, considerando-se aprovada se obtiver, em todos esses turnos (quatro no total), três quintos (3/5) dos votos favoráveis dos respectivos membros (e não apenas dos presentes à sessão).

A Emenda Constitucional aprovada será promulgada (terá sua existência atestada) pelas mesas diretoras da Câmara e do Senado Federal. Dessa forma, as emendas constitucionais não estão sujeitas à sanção ou promulgação pelo Presidente da República.

A matéria constante de proposta de Emenda Constitucional rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa – ordinariamente fixada entre 15 de fevereiro e 15 de dezembro de cada ano (arts. 57 e 60, § 5.º, ambos da Constituição Federal). Não se aplica à Emenda Constitucional rejeitada ou tida por prejudicada, portanto, a regra prevista no art. 67 da Constituição Federal (que autoriza a reapresentação, na

mesma sessão legislativa, de proposta de lei relativa à matéria rejeitada, desde que assinada por mais da metade de todos os membros de alguma das Casas).

A Constituição Federal não pode ser emendada na vigência de Intervenção Federal, Estado de Defesa e Estado de Sítio (limitações circunstanciais).

Não será objeto de deliberação a proposta tendente a abolir a forma federativa dos Estados; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais. Conforme vimos, essas são cláusulas pétreas explícitas e impõem uma limitação expressa material ao Poder de Emenda.

Há, também, cláusulas pétreas implícitas, que definem a limitação implícita material ao Poder de Emenda. É defeso a proposta de Emenda Constitucional que pretenda modificar o titular do Poder Constituinte (que é o povo– art. 1.º, par. ún., Constituição Federal), que queira alterar a rigidez do procedimento de Emenda Constitucional, que objetive mudar o exercente do Poder Reformador ou que intente suprimir as cláusulas pétreas.

A Constituinte de 1987, que gerou a Constituição Federal de 1988, foi convocada pela Emenda Constitucional n. 26, de 27.11.1985.

A primeira Constituição do Brasil foi a de 1824, outorgada por D. Pedro I.

O Decreto n. 1, redigido por Rui Barbosa em 1889 (Proclamação da República), deu origem à convocação da Assembléia Constituinte que elaborou a primeira Constituição Federal Republicana (1891). Após, tivemos as Constituições Federais de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988. Total de oito constituições.

As constituições estaduais seguem as diretrizes da Constituição Federal, nos termos do art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A Lei Orgânica de um Município é votada em dois turnos, com interstício (intervalo) mínimo de 10 dias entre eles, e aprovada por 2/3 de todos os membros da Câmara Municipal, que a promulgará (art. 29, da Constituição Federal). Também não está sujeita à sanção ou à promulgação pelo Chefe do Poder Executivo, a exemplo das normas constitucionais.

1.2. Leis Complementares e Ordinárias

A iniciativa das leis complementares e ordinárias, segundo o art. 61 da Constituição Federal, cabe a qualquer membro ou comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos na Constituição Federal.

A Iniciativa– fase introdutória do processo legislativo– consiste na competência atribuída a alguém ou a algum órgão para apresentar projeto de lei ao Legislativo, podendo ser concorrente (arts. 24 e 61, § 1.º, c. c. 128, § 5.º, todos da Constituição Federal), privativa (ex.: arts. 22 e 61, § 1.º, da Constituição Federal) ou conjunta (fixação dos subsídios dos ministros do Supremo Tribunal Federal, art. 48, inc. XV, da Constituição Federal).

Algumas leis são de iniciativa exclusiva do Presidente da República (art. 61, § 1.º, da Constituição Federal), como as que fixam ou modificam os efetivos das Forças Armadas, as que dispõem sobre a Defensoria Pública da

União, sobre servidores públicos da União e dos Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis etc.

Quanto à organização do Ministério Público da União, a iniciativa de lei é concorrente do Presidente da República e do Procurador-Geral da República (art. 61, § 1.º, e art. 128, § 5.º, ambos da Constituição Federal).

O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa, hipótese em que a Câmara dos Deputados e o Senado Federal terão, sucessivamente, 45 dias para se manifestar sobre a proposição, sobre o projeto de lei (e não apenas sobre o pedido de urgência). As eventuais emendas constitucionais apresentadas pelo Senado Federal devem ser apreciadas em dez dias pela Câmara dos Deputados. Os prazos não correm nos períodos de recesso.

Caso as duas Casas do Congresso Nacional não se pronunciem no prazo previsto pela Constituição, o projeto será incluído na Ordem do Dia, sobrestando-se as deliberações sobre os demais assuntos até que se ultime a votação. Trata-se do chamado *procedimento legislativo sumário* ou *abreviado* (regime de urgência encontrado no § 1.º, art. 64, da Constituição Federal). O Ato Institucional de 9.4.1964 previa que o projeto de lei seria tacitamente aprovado caso não fosse votado nos 45 dias (aprovação por decurso de prazo). A Constituição Federal não prevê a aprovação tácita na hipótese, determinando, porém, a imediata inclusão do projeto na Ordem do Dia, exigindo a manifestação expressa do Congresso Nacional.

Não cabe o procedimento abreviado para projetos de Código.

Não é admitido o aumento das despesas previstas nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, exceto se as emendas constitucionais estiverem de acordo com o plano plurianual, com a lei de

diretrizes orçamentárias, e indicarem os recursos necessários (admitidos apenas os recursos decorrentes de anulação de outras despesas).

Também não é admitido o aumento das despesas previstas nos projetos sobre a organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos Tribunais Federais e do Ministério Público (art. 63 da Constituição Federal), regras que foram reforçadas pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/00).

A Emenda Constitucional n. 19/98 trouxe a possibilidade de iniciativa conjunta, conforme consta da atual redação dos arts. 37, inc. XI, e 48, inc. XV, da Constituição Federal.

Pelos dispositivos anotados, a fixação dos subsídios dos ministros do Supremo Tribunal Federal, que servem como limite ("teto") de remuneração para todos os ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional (dos três Poderes e no âmbito federal, estadual e municipal), ocorrerá por lei de iniciativa conjunta dos presidentes da República, da Câmara, do Senado e do Supremo Tribunal Federal.

Assim como a proposta decorrente da iniciativa popular, os projetos de lei de iniciativa dos deputados federais, do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Procurador-Geral da República terão início na Câmara dos Deputados. As propostas apresentadas por senadores terão por Casa iniciadora o próprio Senado Federal.

Conforme prescreve o art. 47 da Constituição Federal, um projeto de lei ordinária será aprovado se obtiver maioria de votos a seu favor, presente a maioria dos membros da Casa (maioria absoluta quanto ao quórum de instalação, e maioria simples dos presentes para a aprovação). A maioria

simples, também denominada maioria relativa, varia de acordo com o número de presentes à sessão.

Projeto de lei complementar (relembre-se que só é exigida lei complementar quando a Constituição é expressa nesse sentido, a exemplo do art. 148 da Constituição Federal), por sua vez, somente será aprovado se obtiver voto favorável da maioria absoluta dos membros das duas Casas, ou seja, voto da maioria dos membros e não apenas voto da maioria dos presentes – maioria absoluta = 257 Deputados Federais (dos 513) e 41 Senadores (do total de 81).

Para WALTER CENEVIVA, o quórum qualificado, exigido para a aprovação de uma lei complementar, impede a sua aprovação por acordo de lideranças, posição que parece a mais acertada. Sobre o tema, observar argumentos favoráveis e contrários expostos por HUGO DE BRITO MACHADO[1].

Embora não haja previsão expressa de lei complementar no âmbito municipal, inúmeras leis orgânicas, inclusive a do Município de São Paulo (art. 40), exigem voto favorável da maioria absoluta dos vereadores para a aprovação de determinadas matérias. Sobre o tema, bem tratou o Prof. JEFERSON MOREIRA DE CARVALHO[2].

1.3. Casa Iniciadora e Casa Revisora

A primeira Casa a examinar um projeto de lei (exame que estabelece a fase constitutiva) é a Casa iniciadora (normalmente a Câmara dos Deputados –

[1] *Curso de Direito Tributário.* 7.ª ed. Malheiros. p. 57-58.

[2] *Leis Complementares*. São Paulo: Themis, 2000.

Câmara Baixa), onde o projeto é submetido à Comissão de Constituição e Justiça e às comissões temáticas pertinentes, recebendo um parecer e seguindo para votação em plenário.

Em alguns casos a votação pode ser feita nas próprias comissões (art. 58, § 2.º, inc. II, da Constituição Federal) , salvo se 1/10 dos membros da Casa discordarem e exigirem que a votação seja submetida ao plenário. A matéria é disciplinada no Regimento Interno de cada uma das Casas. Pode haver acordo de lideranças e votação simbólica no caso de projetos de lei ordinária.

Sendo de iniciativa de senador, a Casa iniciadora é o próprio Senado (Câmara Alta).

Aprovado pela Casa iniciadora em um único turno (2 turnos, com 3/5 dos votos em cada Casa, só são exigidos para a EC), o projeto de lei complementar ou ordinária é enviado para a Casa revisora.

Na Casa revisora, o projeto de lei também passa por comissões e em seguida é submetido à votação em plenário ou comissão:

- Se aprovado sem emendas, o projeto será enviado para sanção (expressa ou tácita) do Presidente da República. Há matérias, porém, que são de competência exclusiva do Congresso ou de alguma de suas Casas (arts. 49, 51 e 52 da Constituição Federal) e, conseqüentemente, dispensam a sanção. Essas matérias de competência exclusiva costumam ser exteriorizadas por meio de decretolegislativo ou de resolução.

- Se rejeitado pela Casa revisora, o projeto de lei é arquivado.

- Na hipótese de a Casa revisora aprovar o projeto com emendas (que podem ser aditivas, modificativas, substitutivas, de redação,

corretivas de erro ou supressivas de omissão), ele volta à Casa iniciadora para a apreciação das emendas:

- se as emendas forem aceitas, o projeto segue para a sanção;
- se as emendas forem rejeitadas pela Casa iniciadora, o projeto de lei segue sem elas para a sanção, pois prevalece a vontade da Casa iniciadora quando a divergência for parcial, diverso do que ocorre se a Casa revisora rejeitar o projeto, determinando o seu arquivamento (divergência integral).

- É vedada a apresentação de emenda à emenda, ou seja, a subemenda.
- Aprovado pelo Legislativo, o projeto, em forma de autógrafo (que reflete o texto final do projeto aprovado pelo Legislativo), segue para a sanção ou veto.

1.4. Da Sanção e do Veto

Sanção é a aquiescência (concordância) do Chefe do Poder Executivo aos termos de um projeto de lei já aprovado pelo Poder Legislativo.

A sanção não supre vício de iniciativa caso a matéria, de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, tenha sido objeto de proposta apresentada por parlamentar.

Pelo veto, o Chefe do Executivo demonstra sua discordância com o projeto de lei aprovado pelo Legislativo, quer por entendê-lo inconstitucional (veto jurídico), quer por entendê-lo contrário ao interesse público (veto político). O veto é sempre motivado.

Como o prazo para o veto é de 15 dias úteis (art. 66, § 1.º, da Constituição Federal), entende-se que o prazo para sanção também é de 15 dias úteis (o § 3.º do art. 66 da Constituição Federal não é explícito nesse sentido). Não havendo manifestação expressa do Chefe do Executivo nesse lapso, verifica-se a sanção tácita.

O veto pode ser total (recair sobre todo o projeto) ou parcial (atingir o texto de um artigo, de um parágrafo, de um inciso ou de uma alínea). Não cabe veto parcial sobre uma palavra ou grupo de palavras, fato que muitas vezes alterava completamente o sentido do projeto. A parte não vetada é promulgada, publicada e posta em vigor.

No veto parcial, o Congresso reexamina apenas a parte vetada, enquanto o restante, sancionado tácita ou expressamente, deve ser promulgado e posto em vigor na data prevista, por vezes antes mesmo da reapreciação da parte vetada.

O veto, total ou parcial, deve ser comunicado em 48 horas ao Presidente do Senado. A contar de seu recebimento pelo Presidente do Senado Federal (que também é Presidente do Congresso Nacional), em 30 dias o veto será apreciado em sessão conjunta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, considerando-se derrubado (rejeitado) caso a maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional (o primeiro número inteiro acima da metade de todos os membros de cada uma das Casas), em escrutínio secreto, votar contra ele.

O veto, portanto, é relativo (superável) e não absoluto, pois pode ser derrubado pelo Poder Legislativo.

Mesmo nas sessões conjuntas do Congresso Nacional, deputados e senadores votam separadamente.

Caso não seja votado em 30 dias, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, com prejuízo de outros assuntos (art. 66, § 6.º, da Constituição Federal), exceto da medida provisória.

Caso o veto não seja derrubado pelo Congresso Nacional, a disposição vetada será arquivada como rejeitada.

A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer uma das Casas do Congresso Nacional, conforme estabelece o art. 67 da Constituição Federal (EC rejeitada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa, ainda que haja proposta da maioria absoluta).

Veto rejeitado, o projeto é convertido em lei e encaminhado para a promulgação pelo Chefe do Executivo.

Se a lei decorrente de sanção tácita ou do veto derrubado não for promulgada pelo Presidente da República em 48 horas, a promulgação será praticada pelo presidente do Senado. Se esse não o fizer em 48 horas, será promulgada pelo vice-presidente do Senado, conforme art. 66, § 7.º, da Constituição Federal.

A promulgação, segundo PONTES DE MIRANDA, "constitui mera atestação da existência da lei". Atesta que a lei perfeita e acabada é executável (observada a *vacatio legis*) e obrigatória.

Conforme leciona ALEXANDRE DE MORAES, citando os ensinamentos de JOSÉ AFONSO DA SILVA, MICHEL TEMER, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO e PONTES DE MIRANDA, "(...) o projeto de lei torna-se lei, ou com a sanção presidencial, ou mesmo com a derrubada do veto por parte do

Congresso Nacional, uma vez que a promulgação refere-se à própria lei". Encerra-se aqui a fase constitutiva do processo legislativo.

CELSO BASTOS, por sua vez, sustenta que a promulgação "é um ato de natureza constitutivo formal, porque, embora sendo a promulgação que confere o nascimento ou existência à lei, ela mesma não é uma manifestação substantiva de vontade, mas tem um caráter de natureza mais formal"[3]

A promulgação e a publicação integram a fase complementar do processo legislativo, sendo que o § 7.º do art. 66 da Constituição Federal refere-se à promulgação de lei e não à promulgação de projeto de lei (conforme bem observa PEDRO LENZA).

As emendas constitucionais são promulgadas pelas mesas da Câmara e do Senado, conforme art. 60, § 3.º, da Constituição Federal.

Após a promulgação, deve seguir-se a publicação da lei. Pela publicação, leva-se ao conhecimento do povo a existência da lei.

Compete a publicação à autoridade que promulga o ato.

A publicação é condição para que a lei se torne exigível, obrigatória. É feita pelo Diário Oficial (da União, se lei federal).

1.5. *Vacatio Legis*

A vigência da lei pode ou não coincidir com a data de sua publicação. *Vacatio legis* é o nome que se dá ao intervalo entre a data da publicação da lei e sua vigência.

---

[3] *Dicionário de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1994. p. 168.

No silêncio a esse respeito, a lei começará a vigorar em todo território nacional 45 dias após sua publicação, conforme estabelece a Lei de Introdução ao Código Civil. Contam-se como dias corridos, sem suspensão ou interrupção, excluindo-se o dia do começo e computando-se o do encerramento.

Nos Estados estrangeiros, quando admitida, a lei brasileira começa a vigorar três meses após a sua publicação.

Se, antes de a lei entrar em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada à correção, o prazo da *vacatio legis* começará a correr, em sua integralidade, a partir da nova publicação.

A correção do texto de lei já em vigor é considerada lei nova, submetendo-se a novo período de *vacatio legis*.

Salvo disposição expressa em sentido contrário, a lei é editada por prazo indeterminado, permanecendo em vigor mesmo que decorra muito tempo sem que seja aplicada.

A revogação, que pode ser total (ab-rogação) ou parcial (derrogação), deve ocorrer de forma expressa, conforme determina o art. 9.º da LC n. 95/98. Havendo flagrante omissão legislativa nesse sentido, há que se admitir a revogação tácita na forma prevista pela Lei de Introdução ao Código Civil (decorrente da incompatibilidade da lei nova com a lei anterior).

Uma lei pode ter sua eficácia suspensa caso seja declarada inconstitucional em ação direta de inconstitucionalidade, não dependendo de deliberação do Senado Federal.

O inc. X do art. 52 da Constituição Federal, portanto, só é aplicável quando o Supremo Tribunal Federal reconhecer a inconstitucionalidade de

uma lei em um caso concreto, *incidenter tantum*, hipótese na qual, em princípio, a declaração de inconstitucionalidade só produza efeito entre as partes envolvidas no processo.

Uma lei já promulgada pode ser revogada antes mesmo de entrar em vigor, bastando para tanto que uma lei incompatível com ela entre em vigor.

Salvo expressa disposição em sentido contrário, a lei anterior, já promulgada, é revogada quando a lei nova entra em vigor.

Os itens 4 e 5 do art. 263 da Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente –, que fixavam as penas nos casos em que as vítimas de estupro e atentado violento ao pudor eram menores de 14 anos, foram revogados, antes mesmo de entrarem em vigor, pelo art. 9.º da Lei n. 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos, tratando das mesmas hipóteses e entrando em vigor na data de sua publicação, 25.7.1990. Tais disposições do ECA, portanto, foram revogadas durante a *vacatio legis*.

Tal fato ocorreu porque o ECA, embora só tenha entrado em vigor no dia 12.10.1990, foi promulgado em 13.7.1990. Ou seja, já tinha sido promulgado quando a lei nova entrou em vigor (25.7.1990).

1.6. Da Repristinação

O sistema legislativo brasileiro não adotou a repristinação. Pelo efeito repristinatório, a revogação de uma lei revogadora restaura automaticamente os efeitos da lei revogada por ela.

A Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2.º, § 3.º, dispõe a respeito: "salvo disposição expressa em sentido contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência".

1.7. Leis Delegadas

As leis delegadas são elaboradas pelo Presidente da República que, para tanto, solicita prévia delegação ao Congresso Nacional.

Por meio de resolução, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício, o Congresso Nacional delegará poderes ao Presidente da República a fim de que esse edite regra jurídica nova.

Não são objetos de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, ou de qualquer uma de suas Casas, para matéria reservada a lei complementar ou a legislação sobre:

- a organização do Poder Judiciário, do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
- nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;
- planos plurianuais e matéria orçamentária.

A resolução pode determinar a apreciação da proposta de lei delegada pelo Congresso Nacional por votação única, vedadas as emendas constitucionais (delegação restrita). O Congresso pode rejeitar a proposta integralmente.

Na delegação plena, o Presidente da República edita a lei e não depende de qualquer aprovação do Congresso Nacional.

A delegação deve ser temporária e pode ser revogada. Não se trata de abdicação do poder de legislar, pois não retira do Legislativo suas atribuições. Assim, o Legislativo pode aprovar lei posterior, revogando a lei delegada, ou mesmo editar decretolegislativo, sustando os atos do Poder Executivo que ultrapassem os limites da Delegação (art. 49, inc. V, da Constituição Federal).

Nos casos de lei delegada, não há que se falar em iniciativa, sanção, veto ou promulgação.

A publicação no *Diário Oficial da União* é obrigatória.

1.8. Das Medidas Provisórias

Em casos de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional (art. 62 da Constituição Federal).

Governador de Estado e Prefeito não podem editar medida provisória, já que o instrumento caracteriza exceção (que deve ser interpretada restritivamente) ao princípio pelo qual legislar é atividade do Poder Legislativo. Neste sentido, revendo posição anterior e contrária, as lições de MICHEL TEMER[4]. Contra, admitindo que governadores e prefeitos editem medidas provisórias, desde que haja previsão na Constituição Estadual ou na Lei Orgância Municipal, UADI LAMMÊGO BULOS[5] e ALEXANDRE DE MORAES[6].

---

[4] *Elementos de Direito Constitucional*. 12.ª ed. Malheiros, 1996. p. 152.
[5] *Constituição Federal Anotada*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 772.
[6] *Direito Constitucional*. 6.ª ed. Atlas, 1999. p. 538.

Há precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos anos de 1991 e 1993, relativos ao art. 27 da Constituição de Tocantins, que negaram liminar e validaram medida provisória editada pelo governador daquele Estado (ADIns n. 425 e 812).

O Supremo Tribunal Federal tem decidido que cabe ao Chefe do Poder Executivo e ao Poder Legislativo a avaliação subjetiva da urgência da medida provisória, ressalvada a hipótese em que a falta da urgência é flagrante e pode ser objetivamente avaliada pelo Poder Judiciário (ADIns n. 1.397/97 e 1.754/98).

Supremo Tribunal Federal

Descrição: Ação Direta de Inconstitucionalidade – medida cautelar

Número: 1.397

Acórdão no mesmo sentido: Proc.-RE n. 0221856, ano 98, UF-PE, Turma 2

Julgamento: 28.4.1997

Ementa

Constitucional. Administrativo. Medida Provisória: Urgência e relevância: Apreciação pelo Judiciário. Reedição da Medida Provisória não rejeitada expressamente. Constituição Federal, artigo 62. Conselho Nacional de Educação: Câmara de Educação Básica. Medida Provisória 661, de 18.10.1994. Lei n. 9.131, de 24.11.1995.

I – Reedição de Medida Provisória não rejeitada expressamente pelo Congresso Nacional: possibilidade. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: ADIn n. 295-DF e ADIn n. 1.516-RO.

II – Requisitos de urgência e relevância: *caráter político:* em princípio, a sua apreciação fica por conta dos Poderes Executivo e Legislativo, a menos que a relevância ou a urgência evidencie-se improcedente. No sentido de que urgência e relevância são questões políticas, que o Judiciário não aprecia: RE n. 62.739-SP, Baleeiro, Plenário, RTJ 44/54; RDP 5/223.

III – Pedido de suspensão cautelar da alínea “c” do § 1.º do art. 9.º da Lei n. 4.024/61, com a redação da Lei n. 9.131/95, bem assim das alíneas “d”, “e”, “f” e “g” do mesmo artigo: indeferimento.

IV – Medida cautelar indeferida.

OBSERVAÇÃO: votação por maioria

Resultado: indeferida

Veja ADMC-295, ADIn-1.516, RE-62.739, RTJ-44/54

Origem: DF – Distrito Federal

Partes: Reqte.: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – Confenen – Reqdos.: Presidente da República e Congresso Nacional

Relator: Carlos Velloso

Sessão: TP – Tribunal Pleno

Juis, 21, Saraiva

1.8.1. Prazo de vigência das medidas provisórias

Até a edição da Emenda Constitucional n. 32/01, a medida provisória perdia eficácia, desde a sua edição, se não fosse convertida em lei (ou reeditada) no prazo de 30 dias (a partir de sua publicação), se fosse rejeitada pelo Congresso ou se fosse declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes por meio de decreto legislativo.

Anteriormente, impunha-se a convocação extraordinária do Congresso, caso a medida provisória fosse editada em período de recesso, regra que não subsiste.

De acordo com a Emenda Constitucional n. 32/01, a medida provisória perde a eficácia, desde a sua edição, se não for convertida em lei no prazo de 60 dias. Admite-se a prorrogação automática do prazo por mais 60 dias, uma única vez, caso os 60 dias originários se esgotem sem a apreciação da medida provisória pelas duas casas do Congresso Nacional.

A prorrogação é automática porque o Presidente da República não pode retirar a medida provisória do Congresso Nacional. Poderá, sim, editar uma nova medida provisória que suspenda os efeitos da primeira, cabendo ao Congresso Nacional deliberar pela conversão em lei de uma delas e regulamentar as relações jurídicas decorrentes das normas rejeitadas.

Os prazos (originário e suplementar) são contados a partir da publicação da medida provisória e ficam suspensos durante os períodos de recesso do Congresso Nacional (§ 4.º, do art. 62, da Constituição Federal). Não é correto afirmarmos, portanto, que o prazo de 120 dias é absoluto.

Observe-se, porém, que havendo medidas provisórias em vigor na data de eventual convocação extraordinária do Congresso Nacional (convocação que pode ocorrer nas hipóteses do art. 57 da Constituição Federal), elas serão automaticamente incluídas na pauta de votação (§ 8.º do art. 57 da Constituição Federal, redação da Emenda Constitucional n. 32/01).

A medida provisória rejeitada pelo Congresso Nacional, ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo, não poderá ser reeditada na mesma sessão legislativa (ano legislativo). Matéria, objeto de medida provisória, que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal não poderá ser objeto de nova medida provisória enquanto não houver alteração constitucional. A insistência do Presidente da República, em qualquer hipótese, poderá caracterizar crime de responsabilidade, nos termos dos incs. II e VII, do art. 85, da Constituição Federal.

As medidas provisórias editadas em data anterior à publicação da Emenda Constitucional n. 32/01 continuam em vigor, sem limitação de prazo, até que medida provisória posterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Caso o Congresso Nacional venha a rejeitar a medida provisória, em 60 dias deverá disciplinar (por decretolegislativo) as relações jurídicas dela decorrentes, pois, do contrário, as relações jurídicas, constituídas e decorrentes de atos praticados durante a sua vigência, conservar-se-ão por ela regidos.

1.8.2. Tramitação da medida provisória

Editada a medida provisória, o Presidente da República deverá, de imediato, remetê-la para a apreciação do Congresso Nacional.

No Congresso Nacional, inicialmente, a medida provisória terá sua constitucionalidade analisada por comissão mista (formada por deputados e senadores) e, em seguida, será votada, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das casas parlamentares.

A votação será iniciada na Câmara dos Deputados, e a medida provisória não se sujeita à votação pelas comissões (ao explicitar a votação pelo plenário, a Emenda Constitucional n. 32/01 afastou a delegação *interna corporis* – art. 58, § 2.º, inc. I, da Constituição Federal – para votação de medida provisória).

Caso, em 45 dias– contados de sua publicação –, a medida provisória não seja apreciada pela Casa por onde tramita, entrará em regime de urgência, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas daquela Casa.

1.8.3. Aprovação, sem emendas, da medida provisória

A medida provisória aprovada sem alteração do seu mérito será promulgada pelo Presidente do Senado, que encaminhará o seu texto, em autógrafos, ao Presidente da República, para publicação como lei.

"A edição da medida provisória paralisa temporariamente a eficácia da lei que versava sobre a matéria. Se a medida provisória for aprovada, opera-se a revogação. Se, entretanto, a medida for rejeitada, restaura-se a eficácia da norma anterior. Isso porque, com a rejeição, o Legislativo expediu ato volitivo consistente em repudiar o conteúdo daquela medida provisória, tornando subsistente anterior vontade manifestada de que resultou a lei antes editada"[7].

[7] TEMER, Michel. *op. cit.*, p. 153.

Considera-se a medida provisória convertida em lei a partir de sua aprovação (votação encerrada no Poder Legislativo) pelo Congresso Nacional, não se computando no prazo o período de promulgação (48 horas).

1.8.4. Rejeição da medida provisória e suas conseqüências

Sendo a medida provisória rejeitada, de forma expressa (votação em plenário) ou tácita (pelo decurso do prazo, originário e suplementar, sem apreciação), perderá eficácia desde a sua edição, devendo o Congresso Nacional, em 60 dias (contados da rejeição ou da perda da eficácia), disciplinar as relações jurídicas decorrentes da medida provisória. Caso o prazo não seja observado pelo Congresso Nacional, as relações jurídicas, constituídas e decorrentes de atos praticados durante a vigência da medida provisória, conservar-se-ão por ela regidas (§ 11 do art. 62 da Constituição Federal).

Trata-se de convalidação por decurso de prazo, que dá à medida provisória os efeitos das leis temporárias (aplica-se a medida provisória às relações jurídicas surgidas durante a sua vigência). A regra tem por base o princípio da segurança das relações jurídicas e não viola a separação dos Poderes, já que essa espécie de convalidação só prevalece caso haja omissão do Poder Legislativo.

O antigo decreto-lei (excluído de nosso ordenamento jurídico pela Constituição Federal e que era cabível somente para disciplinar as matérias expressamente previstas na Constituição Federal), se não fosse votado em 60 dias, era considerado tacitamente aprovado.

1.8.5. Emendas parlamentares

Aprovada uma emenda parlamentar (admitida pelas Resoluções n. 1/89 e 2/89, do Congresso Nacional) que efetiva modificações em uma medida provisória, o Congresso Nacional deverá elaborar projeto de lei de conversão a ser submetido à apreciação do Presidente da Repúblicae sujeito, então, à sanção ou ao veto. É vedada a apresentação de emendas que versem matéria estranha àquela tratada na medida provisória.

Consumadas as alterações (pela sanção expressa ou tácita do projeto de lei de conversão), cabe ao Congresso Nacional, em 60 dias (contados da sanção), apreciar o projeto de decretolegislativo (que deve ser apresentado concomitantemente ao projeto de lei de conversão), disciplinando assim as relações jurídicas surgidas durante a vigência da redação original.

Até que o projeto de lei de conversão seja sancionado ou vetado (se nada for manifestado em 15 dias úteis, considera-se tacitamente sancionado pelo Presidente da República), a medida provisória (redação originária), que foi apreciada pelo Congresso Nacional dentro dos prazos previstos nos §§ 3.º e 7.º do art. 62 da Constituição Federal, manter-se-á integralmente em vigor (vigência prorrogada até que haja a sanção ou o veto).

Caso o projeto de lei de conversão seja vetado, a medida provisória deverá ser tida por rejeitada, cabendo ao Congresso Nacional, em 60 dias, regular por meio de decreto legislativo, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a vigência da redação originária (que, na hipótese, prorrogou-se até o veto).

Quer na hipótese de sanção, quer na hipótese de veto do projeto de lei de conversão, não sendo observado o prazo de 60 dias para a edição do decreto legislativo, as relações jurídicas surgidas durante a vigência da medida

provisória conservar-se-ão por ela regidas (convalidação por decurso de prazo, que dá à medida provisória os efeitos das leis temporárias quanto aos atos constituídos e decorrentes de atos praticados durante a sua vigência, conforme sustentamos anteriormente).

Em respeito ao princípio da segurança das relações jurídicas e à natureza e aos efeitos das medidas provisórias, não há que se admitir o veto parcial pelo Presidente da República (de alínea, inciso, parágrafo ou artigo do projeto de lei de conversão) ou a derrubada do veto pelo Poder Legislativo.

1.8.6. Matérias que não podem ser disciplinadas por medidas provisórias

É expressamente vedada a edição de medida provisória:

I – sobre matérias relativas a:

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos e direito eleitoral;

b) direito penal, processual penal e processual civil;

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia dos seus membros;

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3.º (que trata de despesas imprevisíveis e urgentes);

II – que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou de qualquer outro ativo financeiro;

III – reservada à lei complementar;

IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República;

V – relativa à competência exclusiva do Congresso Nacional e suas Casas.

Embora não haja regra expressa nesse sentido, entendo que não cabe medida provisória para disciplinar matérias que não podem ser objeto de lei delegada, já que a respeito delas o Presidente da República não poderia dispor, nem mesmo com prévia autorização do Poder Legislativo.

1.8.7. Matérias de Direito Tributário

As medidas provisórias vinham sendo utilizadas para disciplinar matérias tributárias não reservadas às leis complementares, com a anuência do Congresso Nacional e de muitos Tribunais, sendo que a Emenda Constitucional n. 32/01 não afasta essas interpretações.

Antes da Emenda Constitucional n. 32/01, a análise do princípio da anterioridade (art. 150, inc. III, “b”, da Constituição Federal) tinha por base a data da primeira publicação da edição da medida provisória (RE n. 232.896, j. de 2.8.1999), interpretação que deve subsistir em relação aos demais tributos, mas que fica prejudicada em relação aos impostos.

De acordo com o § 2.º da redação atual do art. 62 da Constituição Federal, medida provisória – que implique em instituição ou majoração da espécie de tributo denominado imposto – só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte, se houver sido convertida em lei até o último dia do exercício em que for editada. Somente poderão ser instituídos ou majorados por medida provisória aqueles impostos que não dependam de lei

complementar, ou desde que satisfeitas as exigências da alínea "a", do inc. III, do art. 146 da Constituição Federal, por norma anterior à medida provisória.

Quanto aos impostos, tanto os previstos nos incs. I, II, IV e V do art. 153 da Constituição Federal (impostos de função extrafiscal), como no art. 154, inc. II, também da Constituição Federal(imposto extraordinário), não se aplica o princípio da anterioridade e, assim, a medida provisória poderá ter incidência imediata.

Ao menos até a edição da Emenda Constitucional n. 32/01, o Supremo Tribunal Federal vinha admitindo a instituição de contribuição para a seguridade social, sobre as fontes já previstas no art. 195 da Constituição Federal, por simples lei ordinária e, conseqüentemente, por medida provisória.

"A lei que institui contribuição social com base no § 4.º, do art. 195, da Constituição (sobre outras fontes que não as expressamente previstas na Constituição Federal) tem de ser de natureza complementar, conforme consta da parte final daquele parágrafo (que remete ao art. 154, inc. I, da Constituição Federal) e já foi decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.103"[8]. LUCIANO AMARO[9] e PAULO DE BARROS CARVALHO[10], com base no art. 146, inc. III, da Constituição, entendem exigível lei complementar para a instituição de qualquer contribuição social.

De qualquer forma, deve ser observada a anterioridade nonagesimal prevista no § 6.º do art. 195 da Constituição Federal (contagem a partir da publicação da medida provisória), circunstância que, no caso concreto, pode mostrar-se incompatível com a urgência inerente às medidas provisórias.

---

[8] CUNHA CHIMENTI, Ricardo . *Direito Tributário*: Sinopses Jurídicas. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 45.
[9] *Direito Tributário Brasileiro*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 97.
[10] *Curso de Direito Tributário*. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 36.

1.8.8. Regulamentação por medida provisória de norma alterada por emenda à Constituição

Pela Emenda Constitucional n. 6/95, que alterou a redação do art. 246 da Constituição Federal, foi vedada a utilização da medida provisória na regulamentação de artigos da Constituição Federal alterados por Emenda Constitucional promulgada a partir de 1995 (da Emenda Constitucional n. 05/95 até a Emenda Constitucional n. 32/01). Os artigos que não tiveram sua redação alterada por emendas constitucionais e aqueles cujas alterações ocorreram antes de janeiro de 1995, ou após a promulgação da Emenda Constitucional n. 32/01, podem ser regulamentados por medida provisória.

1.9. Decreto Legislativo

O decreto legislativo tem como conteúdo matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 49 da Constituição Federal) e quem o promulga é o Presidente do Senado.

Trata-se de norma geral da qual a Constituição não exige a remessa ao Presidente da República para sanção ou promulgação.

O decreto legislativo veicula preferencialmente assuntos de caráter genérico e sua aprovação, em regra, ocorre por maioria simples.

1.10. Resoluções

Por fim temos as resoluções, que são de competência privativa do Congresso Nacional ou de qualquer uma de suas Casas.

As resoluções têm por conteúdo matérias concretas, a exemplo da suspensão de lei declarada inconstitucional (art. 52, inc. X, da Constituição Federal) e da delegação de poderes legislativos ao Presidente da República (art. 68, § 2.º).

A promulgação é feita pela mesa da Casa que expedir o ato ou, se do Congresso Nacional, pela mesa do Senado Federal. A aprovação exige, em regra, maioria simples.

Também as resoluções não estão sujeitas à sanção do Presidente da República.

A regulamentação dos decretos legislativos e das resoluções consta do regimento interno de cada uma das Casas legislativas.

1.11. Da Hierarquia das Normas

Para os que adotam a classificação das leis segundo uma hierarquia, elas se dividem em constitucionais, complementares e ordinárias. Para esses doutrinadores, a lei complementar se sobrepõe à ordinária, de tal forma que a lei ordinária não pode revogar a lei complementar ou contrariar suas normas.

Outros autores, porém, alertam: com exceção das emendas constitucionais, todas as demais espécies normativas se situam no mesmo plano.

Entende-se que a lei complementar não é superior à lei ordinária, nem essa é superior à lei delegada.

Cada uma das espécies tem seu próprio campo de atuação. Não há que se falar em hierarquia.

Quanto à origem legislativa, porém, poderemos verificar hierarquia entre as leis. Temos as leis federais, estaduais e municipais. Conforme leciona WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO[11] , "num Estado federal, como o nosso país, existe verdadeira hierarquia nas leis. A lei magna é a Constituição Federal, a lei fundamental, a lei primeira. Depois, vêm as leis federais ordinárias; em terceiro lugar, a Constituição Estadual; em seguida, as leis estaduais ordinárias e, por último, as leis municipais. Surgindo confronto entre elas, observar-se-á essa ordem de precedência quanto à sua aplicação". O mestre cita acórdãos publicados *in RT* 170/556 e 297/339.

1.12. Divisão da Competência Legislativa

Competência legislativa é o poder que cada um dos entes políticos tem de editar leis. Costuma ser dividida em privativa, concorrente, suplementar ou residual.

À União compete legislar privativamente sobre as matérias previstas no art. 22 da Constituição Federal. A lei complementar federal, contudo, pode delegar aos Estados competência para legislar a respeito das matérias previstas naquele artigo (conforme prevê seu parágrafo único).

Há leis nacionais (que regulam interesses gerais em todo o País) e leis meramente federais (dirigidas exclusivamente à organização de interesses específicos da União).

Nas hipóteses do art. 24 da Constituição Federal, temos a denominada competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal. Quanto a essas matérias, cabe à União estabelecer normas gerais (diretrizes gerais de

[11] *Curso de Direito Civil*. 27.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 15

abrangência nacional), sendo que Estados e Distrito Federal possuem competência para suplementar as normas gerais e, assim, garantir a plena aplicabilidade das mesmas no âmbito regional.

Verifica-se que a função principal dos Estados e do Distrito Federal é legislar de forma detalhada sobre as matérias estabelecidas no art. 24 da Constituição Federal, observadas as regras gerais fixadas pela União.

Inexistindo lei federal sobre as normas gerais, previstas no art. 24 da Carta Magna, Estados e Distrito Federal exercerão a competência legislativa plena (legislarão sobre as normas gerais e sobre as especificações regionais que atendam às suas peculiaridades). A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspenderá (mas não revogará) a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Aos Municípios compete legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e a legislação estadual no que couber, respeitando as diretrizes nacionais e regionais.

Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios, exceto quanto à organização do Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Polícia Civil, Polícia Militar e Bombeiro Militar, nos termos dos incs. XIII e XIV do art. 21 da Constituição Federal (que serão organizados por lei federal).

Por fim, temos a denominada competência residual (ou remanescente) dos Estados membros, ou seja, são reservadas ao Estado as competências que a Constituição Federal não lhes veda nem atribui à União, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Em matéria tributária, porém, a competência residual foi atribuída à União, que, mediante lei complementar, poderá instituir impostos não previstos expressamente na Constituição Federal, nos termos do seu art. 154, inc. I.

DIREITO CONSTITUCIONAL

1. PODER EXECUTIVO

O Poder Executivo, no âmbito federal, é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

Para uma melhor análise do tema, relembramos os conceitos a seguir.

Sistema de Governo diz respeito ao modo como se relacionam os poderes, sendo os mais comuns o Presidencialista e o Parlamentarista.

Forma de Governo, por sua vez, é referente à maneira como ocorre a instituição do poder na sociedade e a relação entre o povo e seus governantes. As formas mais comuns de governo são a Monarquia e a República.

Por fim, temos as chamadas Formas de Estado, ligadas à existência ou não de uma divisão territorial do poder, ou seja, o Estado pode ser unitário, com o poder concentrado em um órgão central, ou federado, com poderes regionais que gozam da autonomia que lhes confere a Constituição Federal, e um poder central soberano e aglutinador.

No Brasil o sistema de governo é o Presidencialista, a forma de governo é a República e o Estado adota a forma de Federação.

1.1. Eleição do Chefe do Poder Executivo (Presidente da República, Governador e Prefeito)

A eleição do Presidente da República, hoje, importa na eleição do Vice-Presidente com ele registrado.

É considerado eleito em primeiro turno o candidato à Presidência que obtiver a maioria absoluta (mais da metade) dos votos válidos, não computados os votos em branco e os votos nulos. A posse deve ocorrer em até 10 dias da data fixada, salvo motivo de força maior, sob pena de o cargo ser declarado vago.

Caso nenhum dos candidatos alcance a maioria absoluta dos votos na primeira votação, é realizada nova eleição, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos. No caso de empate no segundo lugar, estará qualificado o mais idoso e, se algum dos dois concorrentes desistir ou morrer, é chamado o seguinte, evitando-se assim conluios capazes de burlar a exigência da maioria absoluta.

O mesmo critério do duplo turno de votação, caso nenhum dos candidatos obtenha a maioria absoluta dos votos em primeiro turno, vale para a eleição dos governadores e dos prefeitos dos Municípios com mais de 200.000 eleitores.

O Governador de Território Federal é nomeado pelo Presidente da República, após a aprovação de seu nome pelo Senado Federal (inc. XIV do art. 84 da CF).

1.2. Do Presidente e do Vice-Presidente da República

As atribuições básicas do Presidente da República que, na sessão de posse, deve prestar o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil, estão previstas no art. 84 da Constituição Federal. Este dispositivo lhe atribui poderes de Chefe de Estado (a exemplo dos incs. VII e XIX) e de Chefe do Governo (a exemplo dos incs. II e VI).

O vice-presidente substitui o presidente no caso de impedimento temporário e sucede-lhe no caso de vaga (a presidência). Também incumbe ao vice-presidente cumprir as missões especiais que lhe forem atribuídas pelo presidente e outras funções estabelecidas por lei complementar.

Em caso de impedimento do presidente e do vice-presidente, exercerão a Presidência da República, sucessivamente, o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Nova eleição é feita 90 dias após a abertura da vaga de presidente e vice-presidente, cabendo ao eleito completar o período do mandato do seu antecessor (eleição direta, dois turnos nos dois primeiros anos).

Caso as vagas de presidente e vice-presidente surjam nos dois últimos anos do mandato presidencial, a eleição será feita 30 dias após a abertura da vaga pelo próprio Congresso Nacional (eleição indireta – art. 81, § 1.º, da CF).

Em qualquer das hipóteses, o eleito somente cumpre o mandato restante do antecessor.

No caso de impedimento do governador e do vice-governador, bem como na hipótese de vacância dos dois cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da governança o Presidente da Assembléia Legislativa e o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado.

Em São Paulo, de acordo com o art. 41 da Constituição Estadual, vagando o cargo de governador, faz-se nova eleição 90 dias após a abertura da última vaga, cabendo ao eleito completar o período restante. Se a vacância, contudo, se der no último ano do mandato, o Presidente da Assembléia Legislativa (e, no impedimento deste, o Presidente do Tribunal de Justiça) assumirá e completará o período de governo restante.

O mandato do presidente e do vice-presidente é de 4 anos, permitida uma reeleição para um único período imediatamente subseqüente (Emenda n. 16, publicada em 5.6.1997).

Para ser eleito para a Presidência e Vice-Presidência da República, o interessado, entre outros requisitos, deve ser brasileiro nato, ter idade mínima de 35 anos na data da posse, estar no gozo de seus direitos políticos, não ser inelegível e estar filiado a um partido político.

1.3. Ministros de Estado

Os requisitos básicos para ser Ministro de Estado são: ser brasileiro (nato ou naturalizado) ou português equiparado (se houver reciprocidade, o que hoje não se verifica), estar no gozo de seus direitos políticos e ter mais de 21 anos. A exoneração é *ad nutum* (não exige qualquer justificativa). O Ministro da Defesa, necessariamente, é um brasileiro nato.

Os ministros auxiliam o Presidente da República, incumbindo-lhes inclusive expedir instruções que facilitem a execução das determinações presidenciais. O ministro também referenda os atos e decretos do Presidente da República que sejam relacionados à sua pasta e podem receber delegação para exercer as funções previstas nos incs. VI, XII e XXV,primeira parte, do art. 84 da Constituição Federal (inclusive a concessão do indulto e a comutação de penas).

1.4. Vacância do Cargo e os Impedimentos

Tornam-se vagas a Presidência e a Vice-Presidência da República em razão da morte de seus titulares (a exemplo das mortes de Getúlio Vargas e Tancredo Neves), pela incapacidade absoluta (observadas as regras gerais da interdição, a exemplo do derrame de Costa e Silva), pela perda ou suspensão dos seus direitos políticos, pela renúncia (Jânio Quadros e Collor) e pela ausência desautorizada do país por mais de 15 dias (mais de 15 dias depende de autorização prévia do Congresso Nacional – inc. III do art. 49 da CF)

Além das hipóteses de vacância, o presidente pode estar impedido (situação transitória) de exercer o seu cargo, voluntária ou involuntariamente.

O impedimento é voluntário quando decorre de licença, férias etc. É involuntário nos casos de seqüestro, doença grave ou processo por crime comum ou de responsabilidade.

1.5. Crimes de Responsabilidade (*impeachment)* e os Crimes Comuns

1.5.1. Crimes de responsabilidade

São crimes de responsabilidade aquelas infrações político-administrativas, cujas sanções consistem não em uma pena criminal, não em uma pena restritiva de liberdade, mas sim na desinvestidura dos cargos ocupados pelo agente e na sua inabilitação para o exercício de funções públicas por 8 anos (art. 52, par. ún., da CF/88). As infrações devem estar tipificadas em lei federal, sendo ainda o principal diploma a Lei n. 1.079/50 (parcialmente recepcionada pela CF/88).

O *impeachment* é o processo que pode levar ao impedimento do agente político que cometeu uma infração político-administrativa.

Conforme esclarece Pinto Ferreira, "a palavra *impeachment* foi traduzida de duas maneiras para o vernáculo: pelos nomes de impedimento e julgamento político". Luiz Alberto David e Vidal Serrano Nunes Júnior defendem teses semelhantes, acrescentando que *impeachment* também pode ser entendido no sentido de pena finalmente aplicável à autoridade processada.

Qualquer cidadão é parte legítima para apresentar acusação perante a Câmara dos Deputados, devendo a petição contar com a assinatura do denunciante (e firma reconhecida) e observar as demais exigências do art. 15 da Lei n. 1.079/50.

A Constituição Federal exemplifica crimes de responsabilidade do Presidente da República no seu art. 85, enquadrando na tipificação os atos que atentem contra a Constituição Federal, em especial contra a probidade na

administração, o livre exercício dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público, o cumprimento das leis e das decisões judiciais, o exercício dos direitos políticos individuais e sociais, a segurança interna do país (LC n. 90/97) e a lei orçamentária. Admite-se a modalidade tentada.

Conforme orientam os arts. 51, inc. I, 52, inc. I, e 86, todos da Constituição Federal, o processo de impedimento por crime de responsabilidade tem duas fases.

Na primeira, comparável à pronúncia nos crimes sujeitos a Júri, a Câmara dos Deputados, pelo voto nominal e aberto de 2/3 dos seus membros, admite a acusação e autoriza a instauração do processo (a Câmara dos Deputados atua como um Tribunal de Pronúncia).

A segunda fase começa no momento em que o Senado Federal instaura o processo pelo crime de responsabilidade (e passa a atuar como um Tribunal de Julgamento).

Iniciada a segunda fase do processo por crime de responsabilidade (instauração pelo Senado), o Presidente da República ficará provisoriamente suspenso de suas funções.

Caso em 180 dias o julgamento junto ao Senado não esteja concluído, cessa o afastamento do Presidente da República, sem prejuízo do seguimento do processo.

O julgamento por crime de responsabilidade junto ao Senado Federal será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e a condenação depende de 2/3 dos votos de todos os membros do Senado Federal. O voto é nominal (aberto) e a decisão será explicitada mediante Resolução do Senado.

A condenação imposta pelo Senado implica a perda do cargo, com inabilitação por 8 anos para o exercício de funções públicas, sem prejuízo das demais sanções cabíveis (art. 52, par. ún., da CF). Caso o ato ensejador do *impeachment* seja um fato típico penal, a condenação pelo crime de responsabilidade não afasta a possibilidade de condenação pelo crime comum, que reflexamente também impõe a perda do cargo (art. 15, inc. III).

Mesmo com a renúncia, o processo prossegue para que se julgue a inabilitação (caso Collor).

O processo relativo aos crimes de responsabilidade é regido basicamente pela Lei n. 1.079/50.

1.5.2. Processo por crime comum

Conforme orientam os arts. 51, inc. I, e 86, ambos da Constituição Federal, o processo contra o Presidente da República por crime comum (inclui os crimes eleitorais, as contravenções penais, os delitos contra a vida e outros) também tem duas fases.

Na primeira, comparável à pronúncia nos crimes sujeitos a Júri, a Câmara dos Deputados, apreciando a solicitação do Supremo Tribunal Federal, pelo voto nominal (aberto) de 2/3 dos seus membros, admite a acusação e autoriza a instauração do processo (a Câmara dos Deputados atua como um Tribunal de Pronúncia).

A prescrição é suspensa a partir da data em que o ministro-relator exarar o despacho solicitando a autorização à Câmara dos Deputados.

Não há necessidade de licença para o inquérito ou para o oferecimento de denúncia pelo Procurador-Geral da República, ou de queixa-crime.

Mesmo autorizado pela Câmara, antes de receber a denúncia ou queixa-subsidiária, o Supremo Tribunal Federal notificará o acusado para apresentar a defesa prévia em 15 dias.

A segunda fase começa no momento em que o Supremo Tribunal Federal recebe a denúncia ou queixa-subsidiária.

Tendo início a segunda fase do processo por crime comum, a exemplo do que se verifica quando iniciada no Senado Federal a segunda fase do processo por crime de responsabilidade, o Presidente da República ficará provisoriamente suspenso de suas funções.

Caso em 180 dias o julgamento junto ao Supremo Tribunal Federal não esteja concluído, cessa o afastamento do Presidente da República, sem prejuízo do seguimento do processo.

A denúncia, quanto aos crimes comuns, compete ao Procurador-Geral da República. O rito é o da Lei n. 8.038/90, observando-se, ainda, os arts. 230 e ss. do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e a possibilidade da apresentação de queixa-subsidiária, caso haja omissão do Ministério Público.

A condenação pelo crime comum implica a perda do cargo e a suspensão dos direitos políticos enquanto durarem os efeitos da pena (art. 15, inc. III). A inelegibilidade pode se prolongar por mais 3 anos, além dos efeitos da pena, caso o crime esteja enquadrado nas hipóteses da alínea “e” do inc. I do art. 1.º da Lei Complementar n. 64/90.

Mesmo com a renúncia ou condenação por crime de responsabilidade, o processo prossegue para que se julgue o crime comum. Diante do

cancelamento da Súmula n. 394 do Supremo Tribunal Federal, contudo, com a perda do mandato, os autos do processo serão remetidos para o juiz ou tribunal competente.

O Presidente da República somente está sujeito à prisão após ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal a sentença condenatória pela prática de infração penal comum.

Enquanto vigente o mandato, o Presidente da República não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de sua função (fatos praticados antes ou durante o mandato). Trata-se de cláusula de irresponsabilidade relativa, que não protege o presidente quanto aos ilícitos praticados no exercício da função ou em razão dela, bem como não exclui sua responsabilização civil, administrativa ou tributária.

Suspende-se a prescrição a partir do reconhecimento da imunidade pelo órgão processante.

1.5.3. Crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e outros

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União também estão sujeitos ao *impeachment*, funcionando o Senado como Tribunal de Pronúncia (autorização para o processo ocorre por maioria simples) e de julgamento (condenação depende do voto nominal de 2/3 dos senadores presentes), nos termos do inc. II do art. 52 da Constituição Federal. Se houver a condenação, fica o sentenciado desde logo afastado do cargo e imediatamente é realizada nova votação para

que se delibere por quanto tempo o condenado deverá ficar inabilitado para o exercício de funções públicas (até 5 anos).

Os crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Procurador-Geral da República estão tipificados nos arts. 10, 39 e 40 da Lei n. 1.079/50, acrescidos de novas figuras pela Lei n. 10.028, de 19.10.2000.

Em relação aos crimes previstos no art. 10 da Lei n. 1.079/50 (Crimes contra a Lei Orçamentária e contra a atual Lei de Responsabilidade Fiscal), também os Presidentes de Tribunais, os Juízes-Diretores de Fóruns, o Advogado-Geral da União e os Procuradores-Gerais de Justiça e do Estado estão sujeitos a julgamento por crime de responsabilidade.

O Procurador-Geral da República é nomeado pelo Presidente da República após a aprovação do seu nome pela maioria absoluta dos senadores. Seu mandato é de 2 anos, admitida a recondução por um número indeterminado de vezes, desde que novamente aprovado o nome pela maioria absoluta dos senadores (§ 1.º do art. 128 da CF e art. 25 da LC n. 75/93).

Além de estar sujeito a julgamento por crime de responsabilidade perante o Senado, o Procurador-Geral da República pode ser destituído do seu cargo por iniciativa do Presidente da República, desde que a destituição seja precedida de autorização da maioria absoluta dos senadores (§ 2.º do art. 128 da CF), mediante votação secreta (art. 25, par. ún., da LC n. 75/93). O Presidente da República não pode destituir o Procurador-Geral da República sem prévia autorização do Senado.

Os membros do Ministério Público da União, que oficiam junto aos tribunais, por crime comum ou de responsabilidade, são julgados pelo Superior Tribunal de Justiça. Os que atuam perante os juízos federais de primeira

instância são julgados pelos Tribunais Regionais Federais, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (art. 18 da LC n. 75/93).

Membros do Ministério dos Estados, por crimes comuns ou de responsabilidade, são julgados pelos Tribunais de Justiça, ressalvada exceção de ordem constitucional (art. 40 da Lei n. 8.625/93).

Os Ministros de Estado e os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica podem ser co-responsáveis e responder ao lado do presidente por crime comum ou de responsabilidade. Havendo conexão com crime da mesma natureza praticado pelo Presidente da República, o processo contra o ministro dependerá de prévia autorização de 2/3 dos deputados federais (art. 51 da CF).

Os Ministros de Estado e os comandantes militares, caso pratiquem isoladamente um crime de responsabilidade, serão julgados pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo tribunal que os julga por crime comum.

Os governadores, quanto aos crimes comuns, são julgados pelo Superior Tribunal de Justiça após a autorização da respectiva Assembléia Legislativa por 2/3 dos seus membros. A imunidade quanto à prisão e à cláusula de irresponsabilidade relativa não beneficiam os governadores, sendo que os §§ 5.º e 6.º da Constituição Estadual de São Paulo foram suspensos pelo Supremo Tribunal Federal (ADIn n. 1.021-2).

Nos crimes de responsabilidade, os governadores são julgados pelo Tribunal Especial.

Compete à União (e não ao Estado) legislar sobre processo (art. 22, I, da CF). E, pela Lei Federal n. 1.079/50, o Tribunal Especial deve ser composto por cinco deputados estaduais (eleitos dentre os seus pares) e cinco desembargadores (sorteados pelo Presidente do TJ). O Tribunal Especial é

presidido pelo Presidente do Tribunal de Justiça, que somente votará se houver empate (voto de minerva).

O § 1.º do art. 49 da Constituição do Estado de São Paulo, que estabelecia a composição do Tribunal Especial com sete deputados estaduais e sete desembargadores (sendo presidido pelo Presidente do TJ), foi cautelarmente suspenso na ADIn n. 2.220-2, de 1.8.2000. Consta da ementa do julgado que "inscreve-se na competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e a disciplina do respectivo processo e julgamento".

A denúncia pode ser apresentada à Assembléia Legislativa por qualquer cidadão e o julgamento depende de prévia autorização da maioria absoluta dos deputados estaduais (art. 77 da Lei n. 1.079/50), estando cautelarmente suspensa a parte final do art. 49 da Constituição do Estado de São Paulo (ADIn n. 2.220-2/STF).

O governador ficará suspenso de suas funções após o recebimento da denúncia ou queixa-crime pelo Superior Tribunal de Justiça (crime comum) ou após a autorização do processo pela Assembléia Legislativa (infração política-administrativa).

O processo deve ser concluído no prazo de 120 dias a contar da autorização pela Assembléia Legislativa. A condenação depende do voto de 2/3 dos membros do Tribunal Especial e implica a desinvestidura e a inabilitação do processado para exercer qualquer função pública por até 5 anos.

O voto é público e não secreto, estando suspensa a regra em sentido contrário prevista no inc. I do § 2.º do art. 10 da Constituição do Estado de São Paulo (ADIn n. 2.220-2).

Em São Paulo, além de estar sujeito a julgamento por crime de responsabilidade perante o Tribunal de Justiça (art. 40 da Lei n. 8.625/93), o Procurador-Geral de Justiça poderá ser destituído (no âmbito estadual, o legislativo destitui e não apenas autoriza o Chefe do Executivo a destituir) pelo voto da maioria absoluta dos membros da Assembléia Legislativa (art. 93, III, da CE). Hugo Nigro Mazzilli[1] sustenta que o voto dos deputados estaduais será secreto, levando em conta o modelo federal. Tramita na Assembléia Legislativa de São Paulo projeto que elimina o voto secreto no âmbito estadual.

O § 2.º do art. 49 da Constituição do Estado de São Paulo , que previa o julgamento do Procurador-Geral da Justiça e do Procurador-Geral do Estado, por crime de responsabilidade perante o Tribunal Especial, também está cautelarmente suspenso pelo Supremo Tribunal Federal (ADIn n. 2.220-2).

Os crimes comuns e de responsabilidade dos desembargadores e dos membros dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e dos Tribunais Regionais do Trabalho são julgados pelo Superior Tribunal de Justiça. Não há lei definindo tais crimes para a maioria dos desembargadores, conforme já deliberou do Superior Tribunal de Justiça (*RDA* 179/131). Quanto aos desembargadores e Juízes-Presidentes de Tribunais Federais, no entanto, há que se observar as tipificações inseridas nos arts. 10 e 39 da Lei n. 1.079/50, alterada pela Lei n. 10.028, de 19.10.2000.

Os Juízes dos Tribunais de Alçada, os Juízes de Direito e os Juízes das Auditorias e dos Tribunais Militares, por crime comum ou de responsabilidade, são julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado onde exercem suas funções.

---

[1] *Regime Jurídico do MP*. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 138.

Os juízes federais de primeiro grau (incluídos os juízes do trabalho), por crimes comuns ou de responsabilidade, são julgados pelos Tribunais Regionais Federais das suas regiões.

Os juízes eleitorais de primeiro grau são julgados pelos Tribunais Regionais Eleitorais.

1.5.4. O julgamento dos prefeitos municipais

Nos crimes comuns (inclusive os crimes dolosos contra a vida e os crimes de ação penal privada), nas contravenções penais e nos "crimes de responsabilidade", previstos no art. 1.º do Dec.-lei n. 201/67 (que são denominados crimes de responsabilidade impróprios porque nada têm de infração político-administrativa – por exemplo, apropriar-se de bens ou rendas públicas), o prefeito é julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado ao qual pertence seu Município (art. 29, inc. X, da CF), independentemente de autorização da Câmara Municipal (STJ-*RT* 724/579 e STF-*RT* 725/501). A denúncia é apresentada pelo Procurador-Geral de Justiça.

Recebida a denúncia durante o mandato, cabe ao órgão responsável pelo julgamento (normalmente uma das Turmas Criminais, podendo a Constituição Estadual ou mesmo o Regimento Interno de cada tribunal disciplinar a questão) decidir quanto à necessidade do afastamento provisório do prefeito.

De acordo com a Lei n. 8.658/93, c.c. a Lei n. 8.038/90, o recebimento ou não da denúncia compete ao órgão julgador e não ao relator.

Se o crime é praticado contra patrimônio da União ou contra relacionamento a bens, cuja prestação de contas é feita a órgão federal, a

competência para o julgamento do prefeito é do Tribunal Regional Federal (Súmula n. 208 do STJ).

Caso a verba já tenha sido incorporada ao Patrimônio do Município, a competência é do Tribunal de Justiça do Estado (Súmula n. 209 do STJ).

Quanto aos crimes eleitorais, prevalece que os prefeitos devem ser julgados pelos respectivos Tribunais Regionais Eleitorais (STF – HC n. 68.967, j. em 9.10.1991).

A condenação definitiva por crime comum ou por crime de responsabilidade impróprio (art. 1.º do Dec.-lei n. 201/67) implica a suspensão dos direitos do cumprimento da pena (alínea "e" do inc. I do art. 1.º da LC n. 64/90), pois os crimes previstos no Dec.-lei n. 201/67 são delitos contra a Administração Pública (Acórdão TSE n.14.073, *Ementário de 1996*, p. 95).

Se for o caso, a mesma conduta implicará também a imposição de pena privativa de liberdade (caso o fato esteja tipificado como crime comum) e a obrigação de ressarcir os prejuízos causados.

A ação penal fundada no art. 1.º do Dec.-lei n. 201/67 poderá ser proposta mesmo após o encerramento ou a perda do mandato (Súmula n. 164 do STJ), quando então a competência será do juiz singular (a Súmula n. 394 do STF foi cancelada). Caso o prefeito esteja temporariamente afastado do cargo (por exemplo, em razão de processo diverso), subsiste a competência do tribunal para o julgamento (*Informativo STF* n. 186).

Súmula n. 164 do Superior Tribunal de Justiça: "O Prefeito Municipal, após a extinção do mandato, continua sujeito a processo por crime previsto no art. 1.º do Dec.-lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967".

Quanto aos cargos ou funções não eletivos, a inabilitação do condenado será de 5 anos a contar do trânsito em julgado da condenação (§ 2.º do art. 1.º do Dec.-lei n. 201/67).

Em relação às infrações político-administrativas, ou seja, aos crimes próprios de responsabilidade previstos no art. 4.º do Dec.-lei n. 201/67 (a exemplo da falta de decoro), o prefeito é julgado pela Câmara Municipal.

O Supremo Tribunal Federal já concluiu que as infrações político-administrativas são os verdadeiros crimes de responsabilidade, crimes que sujeitam seu autor ao *impeachment*. São os crimes próprios de responsabilidade.

"O art. 1.º do Dec.-lei n. 201/67 tipifica que crimes comuns ou funcionais praticados por Prefeitos Municipais, ainda que impropriamente nomeados como crimes de responsabilidade, são julgados pelo Poder Judiciário..." (STF-*RT* 726/586). São os crimes impróprios de responsabilidade.

"O art. 4.º do mesmo Dec.-lei refere-se ao que se denomina expressamente de 'infrações político-administrativas', também chamadas 'crimes de responsabilidade', ou 'crimes políticos', e são julgadas pela Câmara dos Vereadores: Nada mais é do que o *impeachment*" (*RT* 726/586. Decisão unânime da 2.ª Turma do STF, j. em 3.10.1995).

A sanção do crime próprio de responsabilidade é política e ao judiciário compete tão-somente apreciar os aspectos extrínsecos do processo.

Wolgran Junqueira Ferreira[2] relembra que Ruy Barbosa definiu o *impeachment* como sendo "julgamento político". Ressalva, porém,

[2] *Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores*. 7.ª ed. São Paulo: Edipro, 1996. p. 118.

entendimento minoritário de Diógenes Gasparini, para quem os arts. 4.º ao 8.º do Dec.-lei n. 201/67 não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988.

O julgamento político, para Diógenes Gasparini, deve seguir as previsões da lei municipal, entendimento minoritário (já que prevalece que as regras pertinentes a crimes – comuns e de responsabilidade – e processos devem provir da União), também defendido por Hely Lopes Meirelles[3]. O entendimento é contrário às decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido de que compete à União legislar sobre processo (art. 22, I, da CF) e sobre crimes comuns ou de responsabilidade. Por isso, entendemos que deve ser aplicado o rito do Dec.-lei n. 201/67.

Hely Lopes Meirelles e Tito Costa sustentam que "a cassação do mandato do Prefeito, por incurso em infração político-administrativa, embora deliberada por uma corporação legislativa, não é *impeachment* também para o julgamento de qualquer outro órgão ou Poder"[4]. O Supremo Tribunal Federal, porém, utiliza a denominação *impeachment* também para o julgamento político dos prefeitos perante as Câmaras Municipais.

A Emenda Constitucional n. 25/00 estabeleceu que é crime de responsabilidade do prefeito efetuar repasse para a Câmara Municipal em montante superior ao previsto no art. 29-A da Constituição Federal, não transferir o repasse devido até o dia 20 de cada mês ou enviá-lo em montante menor do que o da proporção estabelecida pela lei orçamentária (§ 2.º do art. 29 da CF).

O art. 1.º da Lei das Inelegibilidades (LC n. 64/90) determina que os governadores e prefeitos que perderem seus cargos por infringirem a

---

[3] *Direito Municipal Brasileiro.* São Paulo: RT, 1993. p. 95 e 580.
[4] MEIRELLES, Hely Lopes. *Op cit. Direito Municipal Brasileiro*. p. 581.

Constituição Estadual ou a LOM ficam inelegíveis para as eleições que se realizarem durante o período remanescente, bem como para as que se realizarem nos três anos seguintes.

O processo relativo à infração político-administrativo é bifásico. A autorização para o processo, segundo estabelece o art. 5.º, inc. II, do Dec.-lei n. 201/67, dependendo do voto da maioria simples dos membros da Câmara dos Vereadores. O afastamento definitivo do cargo ocorrerá se assim deliberar 2/3, pelo menos, dos membros da casa.

Há quem sustente, porém, que o quorum de admissão da denúncia deve ser aquele previsto na LOM e não o da Lei Federal n. 1.079/50. A LOM de São Paulo prevê que a acusação deve ser recebida por 3/5 dos vereadores e que, ao final do processo, a perda do mandado dependerá do voto, neste sentido, de pelo menos 2/3 dos vereadores (art. 72, §§ 4.º e 5.º).

Não há foro privilegiado (TJ, TRF etc.) quanto às ações populares ou de natureza civil movidas contra prefeitos, que inicialmente tramitam perante os órgãos de primeiro grau.

As responsabilidades penal, civil e administrativa são autônomas, sujeitando-se o infrator a processos políticos e judiciários (*RJTJSP* 83/426 e STF-*RTJ* 106/548).

O processamento e o julgamento da impugnação de mandato eletivo (art. 14, § 10, da CF) do prefeito e do vereador compete ao juiz eleitoral da respectiva zona, com recurso para o Tribunal Regional Eleitoral e Tribunais Superiores (item 3.9).

1.5.5. O Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional

São órgãos de consulta do Presidente da República. *Órgãos meramente opinativos* e que somente se reúnem mediante convocação e sob a Presidência do Presidente da República (art. 84, inc. XVIII, da CF).

Além do presidente (que preside suas reuniões), participam do Conselho da República (art. 89 da CF) o Vice-Presidente, os Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, os líderes da maioria e da minoria nas duas Casas Legislativas, o Ministro da Justiça e seis brasileiros natos, com mais de 35 anos e com mandatos de 3 anos, vedada a recondução. Dois são nomeados pelo Presidente da República, dois são eleitos pelo Senado Federal e dois são eleitos pela Câmara dos Deputados.

Outros ministros podem ser convocados pelo Presidente da República para participar da reunião quando o assunto for relacionado às suas atividades.

Compete ao Conselho da República, disciplinado pela Lei n. 8.041/90, pronunciar-se sobre intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio e outras questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas.

O Conselho de Defesa Nacional, previsto no art. 91 da Constituição Federal e disciplinado pela Lei n. 8.183/91, é formado pelo Presidente da República, pelo Vice-Presidente e ainda pelos Presidentes da Câmara e do Senado, Ministro da Justiça, Ministro da Defesa e comandantes do Exército, Marinha e Aeronáutica (redação da EC n. 23/99), Ministro das Relações Exteriores e Ministro do Planejamento. Nenhum dos conselheiros é eleito ou nomeado entre outros brasileiros natos, ao contrário do que se verifica no Conselho da República.

Compete ao Conselho de Defesa Nacional opinar sobre a declaração de guerra e celebração de paz, decretação de estado de sítio, estado de defesa e intervenção federal, propor critérios sobre a utilização de áreas indispensáveis à segurança nacional e seu efetivo uso (em especial a faixa de fronteira) e das relacionadas com a preservação e a exploração de recursos naturais de qualquer tipo, bem como estudar, propor e acompanhar as iniciativas necessárias para garantir a independência nacional e a defesa do Estado democrático.

A faixa de fronteira terrestre é de até 150 km de largura, nos termos do § 2.º do art. 20 da Constituição Federal.

O mar territorial brasileiro é de 12 milhas marítimas, nos termos da Lei n. 8.717/93.

As opiniões do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional devem ser previamente colhidas nos casos de decretação de estado de defesa ou de estado de sítio, nos termos dos arts. 136 e 137 da Constituição Federal. A opinião, entretanto, não vincula o Presidente da República, que mesmo contra o parecer, poderá solicitar a autorização do Congresso Nacional para decretar o estado de sítio e a aprovação do estado de defesa (por maioria absoluta).

1.6. As Forças Armadas, a Segurança, a Segurança Pública e a Defesa do Estado e das Instituições Democráticas (Sistema Constitucional das Crises)

1.6.1. Das Forças Armadas

As Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica), instituições nacionais permanentes (e que assim não podem ser abolidas por emenda à CF) e regulares, têm por base a hierarquia e a disciplina e como função primordial exercer a defesa da pátria (garantia externa do Estado) e dos poderes constitucionais (atualmente as Forças Armadas estão disciplinadas no Título V da CF, que trata da defesa do Estado e das instituições democráticas).

Por iniciativa de qualquer um dos poderes constitucionais, as Forças Armadas podem atuar na garantia da lei e da ordem (função subsidiária).

Quem representa os poderes constitucionais e têm competência para convocar as Forças Armadas, a fim de garantir a lei e a ordem (função subsidiária da instituição), são os chefes dos poderes constituídos, ou seja, o Presidente do Congresso Nacional ou o Presidente do Supremo Tribunal Federal. Tal competência não é extensiva aos membros dos poderes (ministro, deputado, senador e magistrados em geral), ressalvada a competência do Tribunal Superior Eleitoral (que por força do inc. XIV do art. 23 do Código Eleitoral – norma materialmente constitucional – pode requisitar força federal necessária para o cumprimento da lei de suas próprias decisões, ou das decisões dos Tribunais Regionais que o solicitarem, e para garantir a votação e a apuração).

As Forças Armadas estão subordinadas também ao Ministro da Defesa. Sua autoridade suprema, porém, é o Presidente da República, a quem incumbe conferir as patentes dos militares.

Um oficial militar somente perde seu posto e a sua patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível por decisão de Tribunal Militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou por Tribunal Especial, em tempo de guerra.

O oficial condenado na justiça comum ou militar à pena privativa de liberdade superior a 2 anos por sentença transitada em julgado, necessariamente será submetido ao julgamento da perda do posto e/ou da patente pelo Tribunal Militar a que estiver vinculado.

O serviço militar é obrigatório, mas aqueles que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência (crença religiosa, convicção filosófica ou convicção política, normalmente chamados escusa de consciência ou imperativo de consciência) podem exercer serviços alternativos para eximirem-se de atividades de caráter essencialmente militar (Lei n. 8.239/91). A recusa de prestação de serviços alternativos implica a suspensão dos direitos políticos.

As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz; sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir.

Aquele que, convocado, não se apresentar para o serviço militar, é considerado insubmisso. Aquele que estava em serviço e o abandona, denomina-se desertor.

Aos militares veda-se a sindicalização e a greve, regra que se aplica também aos policiais e bombeiros militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (art. 42 da CF)

1.6.2. Da segurança pública

Dita o art. 144 da Constituição Federal que a segurança pública, embora seja um dever do Estado, é da responsabilidade de todos.

O sistema de segurança pública tem por finalidade garantir a incolumidade das pessoas e do patrimônio.

As polícias e os bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do exército, subordinam-se, junto com a polícia civil, aos Governos dos Estados e do Distrito Federal. Às polícias militares cabem a polícia ostensiva (administrativa) e a preservação da ordem pública.

Aos bombeiros militares cabem as atribuições definidas em lei e a execução das atividades de defesa civil.

Às polícias civis, dirigidas por Delegados de Polícia de carreira, incumbe, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais (natureza repressiva, pois visa formar a prova para a punição dos culpados), exceto as militares (há na esfera militar o, Inquérito Policial Militar IPM)

A polícia judiciária da União é exercida exclusivamente pela polícia federal, que é estruturada em carreira e também destina-se às finalidades previstas no art. 144, § 1.º , incs. I a III.

Dentre as principais atribuições da polícia federal estão as de exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras, bem como as de prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, sem prejuízo da ação de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência. A polícia federal, portanto, desempenha função híbrida (polícia ostensiva e também investigatória).

Os Municípios podem constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

Sobre os limites da competência da guarda municipal, o mestre Álvaro Lazzarini[5] leciona: “Está evidente que as guardas municipais ao agirem como polícia de ordem pública o fazem ao arrepio da Constituição e das leis, sujeitando-se os mandantes e executores à responsabilidade penal, civil e administrativa, agentes públicos que são, cabendo às autoridades e às pessoas atingidas pelos atos ilegais providenciar para tanto, fazendo manifestar-se o Poder Judiciário, quer sobre o exercício irregular da atividade polícia, quer sobre os atos normativos municipais que eventualmente o esteja 'amparando', evitando-se o conflito e a superposição de funções públicas tão graves como estas”.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior sustentam que nada impede que lei estadual ou convênio com a polícia militar invista as guardas municipais de competência administrativa para a realização do policiamento ostensivo.

[5] *Estudos de Direito Administrativo*. 2.ª ed. São Paulo: RT, 1999. p. 118.

DIREITO CONSTITUCIONAL

1. PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário tem por funções típicas preservar a Constituição Federal e exercer a jurisdição.

Jurisdição significa a aplicação da lei ao caso concreto. À função jurisdicional atribui-se o papel de fazer valer o ordenamento jurídico no caso concreto, se necessário de forma coativa, ainda que em substituição à vontade das partes.

Atipicamente, por expressa delegação constitucional, os demais poderes exercem atividades jurisdicionais (a exemplo do art. 52, inc. I, da CF, que atribui ao Senado a competência para julgar algumas autoridades por crime de responsabilidade).

Competência é o limite da jurisdição.

1.1. Tribunais Superiores

Os órgãos do Poder Judiciário são aqueles relacionados no art. 92 da Constituição Federal, sendo que o Supremo Tribunal Federal e os demais Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho e Superior Tribunal Militar) têm sede em Brasília e jurisdição em todo o território nacional.

1.2. Garantias do Poder Judiciário

As garantias *institucionais* do Poder Judiciário, regras que visam a preservar sua independência, costumam ser divididas em garantia de *autonomia administrativa* e garantia de *autonomia financeira*.

A garantia de *autonomia administrativa* visa a permitir ao Judiciário sua auto-organização, sendo de competência privativa dos Tribunais a elaboração de seus Regimentos Internos, a eleição de seus órgãos diretivos, a organização de suas secretarias e serviços auxiliares, o provimento dos cargos de Juiz de Carreira (a nomeação pelo Chefe do Executivo é excepcional e deve estar expressamente prevista na Constituição Federal, a exemplo da nomeação dos integrantes do quinto constitucional e dos ministros do Supremo Tribunal Federal), propor a criação de novas Varas Judiciárias, prover os cargos necessários à administração da Justiça (dependendo da sua disponibilidade orçamentária) e conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e servidores.

Também compete privativamente aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, dentro das normas orçamentárias (art. 169 da CF), a alteração do número de membros dos Tribunais, a criação e a extinção de cargos de juízes e serviços auxiliares e a criação ou a extinção dos Tribunais Inferiores.

A garantia de *autonomia financeira* está prevista nos arts. 99, § 1.º, e 168, ambos da Constituição Federal. Dentro dos limites estipulados, conjuntamente com os demais poderes na Lei das Diretrizes Orçamentárias, cada Tribunal elabora sua proposta orçamentária, sendo que a dotação aprovada pelo Poder Legislativo deve ser repassada até o dia 20 de cada mês (art. 168 da CF).

Fundada nos arts. 163 e 169 da Constituição Federal, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/00) estabelece normas destinadas à gestão fiscal dos três poderes e aplica-se à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. A nova lei limita os gastos com pessoal da União a 50% da receita líquida. Para os Estados e Municípios esse limite é de 60% .

De acordo com o art. 20 da Lei Complementar n. 101/00 (dispositivo questionado em diversas ações diretas de inconstitucionalidade, que apontam violação do Princípio Federativo – já que Estados, Distrito Federal e Municípios ficam sujeitos a metas estabelecidas pela União – e do Princípio da Separação dos Poderes), as cotas são distribuídas nas seguintes proporções:

- Na esfera federal:
  - 2,5% para o Poder Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União;
  - 6,0% para o Poder Judiciário;
  - 40,9% para o Poder Executivo;
  - 0,6% para o Ministério Público da União.

- Na esfera estadual:
  - 3% para o Poder Legislativo, incluído o Tribunal de Contas;
  - 6% para o Poder Judiciário;
  - 49% para o Poder Executivo;

– 2% para o Ministério Público dos Estados.

- Na esfera municipal:

  – 6% para o Poder Legislativo (incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver);

  – 54% para o Poder Executivo.

Por seis votos contra cinco, o Supremo Tribunal Federal não concedeu a liminar que visava à suspensão do art. 20 da Lei de Responsabilidade Fiscal (ADIn n. 2.238/00).

O descumprimento das metas pode acarretar a suspensão dos repasses e a punição dos responsáveis com base no Código Penal, nas Leis ns. 8.249/92 e 1.079/50 e no Dec.-lei n. 201/67, normas acrescidas de novas tipificações pela Lei n. 10.028, de 19.10.2000.

Em relação aos crimes previstos no art. 10 da Lei n. 1.079/50 (Crimes contra a Lei Orçamentária e contra a atual Lei de Responsabilidade Fiscal), também os Presidentes de Tribunais, os Juízes Diretores de Fórum, o Advogado Geral da União e os Procuradores Gerais de Justiça e do Estado estão sujeitos a julgamento por crime de responsabilidade.

No âmbito federal, quem encaminha as propostas orçamentárias, ouvidos outros Tribunais interessados (Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Eleitorais), são os Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos demais Tribunais Superiores.

Quanto aos Estados e ao Distrito Federal, quem encaminha a proposta é o Presidente do Tribunal de Justiça, também com a aprovação dos demais

tribunais estaduais interessados, onde houver (Tribunal de Alçada, Tribunal Militar).

O controle externo das verbas do Poder Judiciário é feito pelo Tribunal de Contas.

1.2.1. Garantias dos membros do Poder Judiciário

A aplicação das normas aos casos concretos e a salvaguarda dos direitos individuais e coletivos muitas vezes exigem decisões contrárias a grandes forças econômicas, políticas ou de algum dos poderes, havendo por isto a necessidade de órgãos independentes para a aplicação das leis (sistema de freios e contrapesos). Portanto, ao lado das funções de legislar e administrar, o Estado exerce a função jurisdicional típica por um poder independente, que é o Judiciário.

O exercício das funções jurisdicionais de forma independente exige algumas garantias atribuídas ao Poder Judiciário como um todo, e outras garantias aos membros desse Poder (os magistrados).

As garantias dos juízes são prerrogativas funcionais, e não privilégios pessoais, sendo, portanto, irrenunciáveis:

a) Vitaliciedade

Em primeiro grau, é adquirida após dois anos de exercício (em razão da emenda constitucional da reforma do Poder Judiciário poderá subir para três anos, prazo já exigido para a aquisição da estabilidade daqueles servidores nomeados para cargos efetivos).

Nos casos de nomeação direta para os Tribunais (a exemplo do provimento de cargos pelo quinto constitucional ou dos cargos dos Tribunais Superiores), a vitaliciedade é garantida desde a posse.

Durante os dois primeiros anos a perda do cargo dá-se por deliberação da maioria qualificada (2/3) dos membros do Tribunal (ou do órgão especial) a que o juiz estiver vinculado, garantida a ampla defesa.

Após esse período, o Juiz de Carreira é vitaliciado, e a perda do cargo passa a depender de sentença judicial transitada em julgado. Exceção aos ministros do Supremo Tribunal Federal, sujeitos a processo de *impeachment* perante o Senado Federal.

Mesmo sem a sentença definitiva, o juiz vitalício pode ser colocado em disponibilidade pelo voto de 2/3 dos membros do Tribunal a que estiver vinculado, percebendo vencimentos proporcionais e não podendo exercer outro cargo ou função, exceto uma de magistério.

Para José Afonso da Silva (posição minoritária), a disponibilidade somente pode ser decretada pelo Tribunal Pleno (e não pelo Órgão Especial, onde houver), e durante sua incidência os subsídios serão integrais.

Nos Tribunais com mais de 25 julgadores pode ser constituído um Órgão Especial, com o mínimo de 11 e o máximo de 25 desembargadores, que exercerão as atribuições administrativas e jurisdicionais de competência do tribunal pleno (art. 93, inc. XI, da CF).

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, em seu art. 298, estabelece que compete ao Órgão Especial dispor sobre a perda do cargo, a disponibilidade, a remoção compulsória ou a aposentadoria compulsória de magistrado de primeira instância.

Na sessão que deliberar pela instauração do processo, o Pleno do Tribunal (ou o Órgão Especial, onde houver) poderá afastar o magistrado do exercício de suas funções (espécie de suspensão preventiva), sem prejuízo dos vencimentos e demais vantagens do cargo (§ 3.º do art. 27 da LC n. 35/79 – Lei Orgânica da Magistratura Nacional), até a decisão final.

b) Inamovibilidade

Pela inamovibilidade, o juiz titular somente deixa sua sede de atividades (por remoção ou promoção) voluntariamente. Como exceção temos a remoção compulsória, por motivo de interesse público, deliberada pelo voto de 2/3 dos membros do respectivo Tribunal (ou Órgão Especial), assegurada a ampla defesa (arts. 93, inc. VIII, e 95, inc. II, ambos da CF).

A remoção, a disponibilidade e a aposentadoria do magistrado, por interesse público, somente são possíveis com o voto de 2/3 dos membros do respectivo Tribunal ou Órgão Especial, assegurada a ampla defesa. A inamovibilidade, portanto, não é absoluta.

Mesmo as decisões administrativas dos Tribunais são motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria dos seus membros (ou dos membros do respectivo Órgão Especial). As decisões disciplinares mais severas exigem o voto de 2/3 (remoção, disponibilidade e aposentadoria compulsória).

As penas mais brandas (advertência ou censura), no Estado de São Paulo, são de competência do Conselho Superior da Magistratura, órgão dirigente do Tribunal e que é composto pelo Presidente, 1.º Vice-Presidente e

Corregedor Geral da Justiça do Estado. Da decisão cabe recurso administrativo, no prazo de dez dias, para o Órgão Especial.

O magistrado da Justiça Militar pode ser obrigado a exercer suas funções nos locais para onde as tropas forem deslocadas, em exceção à inamovibilidade.

c) Irredutibilidade de subsídios

Garantia estendida a todos os servidores públicos civis e militares pelo art. 37, inc. XV, da Constituição Federal. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, trata-se de irredutibilidade meramente nominal, inexistindo direito à automática reposição do valor corroído pela inflação.

Todos os magistrados estão sujeitos ao pagamento dos impostos legalmente instituídos.

1.2.2. Restrições impostas aos magistrados (art. 95, par. ún., da CF)

A garantia pública da imparcialidade dos juízes aparece sob as seguintes vedações:

- exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, exceto uma de magistério;
- receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

- dedicar-se à atividade política partidária;
- exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista (art. 36 da LC n. 35/79);
- exercer cargo diretivo ou técnico de associação ou fundação (salvo as da classe, e sem remuneração);
- manifestar, pelos meios de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo de outra decisão, salvo em obra técnica ou função de magistério.

Verifica-se, portanto, que mesmo antes do debate sobre a "lei da mordaça" (projeto que tramita no Congresso Nacional impondo restrições às informações que podem ser transmitidas pelos magistrados, membros do Ministério Público e Delegados de Polícia), os membros do Poder Judiciário já estavam sujeitos a restrições quanto às suas manifestações.

O juiz titular deve residir na respectiva Comarca, e a proposta de emenda de reforma do Poder Judiciário (ainda não aprovada) prevê que a inobservância desse dever poderá acarretar a perda do cargo.

Princípio máximo da imparcialidade, no entanto, é o da Inércia – a Justiça só deve agir quando provocada (*nemo iudex sine actore*, não há juiz sem autor).

Quanto ao controle externo do Poder Judiciário, relembramos que em diversas oportunidades o Supremo Tribunal Federal afastou normas que implantavam conselhos compostos por pessoas que não integravam o próprio Poder Judiciário ou que permitiam ao Poder Executivo interferir no

autogoverno da Magistratura, por ofensa ao princípio da Separação dos Poderes (ADIn n. 135/PB, ADIn n. 137-0/PA e ADIn n. 202-3/BA).

1.3. Princípios Básicos da Magistratura e do Poder Judiciário

A Constituição Federal traça os princípios básicos da Magistratura e do Poder Judiciário, garantindo a este a denominada autonomia administrativa. Entre os princípios básicos de independência, merecem destaque os a seguir expostos.

1.3.1. Ingresso na carreira

O cargo inicial é de juiz substituto, preenchido após a aprovação em concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em todas as sua fases.

Para ministro do Supremo Tribunal Federal e para os dez militares de carreira do Superior Tribunal Militar (oficiais das Forças Armadas), exige-se a condição de brasileiro nato; para os demais cargos do Judiciário, admite-se o acesso a brasileiro nato ou naturalizado.

As principais exceções aos concursos de provas e títulos são:

- o quinto constitucional (art. 94 da CF);
- a nomeação para o Supremo Tribunal Federal (art. 101 da CF);
- a nomeação para os cargos de ministros dos Tribunais Superiores;

- os advogados e membros do Ministério Público que compõem os Tribunais do Trabalho.

1.3.2. Quinto constitucional

O quinto constitucional (art. 94 da CF) é o critério segundo o qual um quinto (1/5) dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios é composto por membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e por advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação da respectiva classe.

Recebida a lista sêxtupla, o Tribunal forma uma lista tríplice, enviando-a ao Chefe do Executivo. Em 20 dias o Chefe do Executivo faz a nomeação de um dos indicados (é uma exceção à autonomia administrativa do Poder Judiciário).

No âmbito dos Tribunais Regionais Federais, a lista sêxtupla é elaborada pela OAB Federal, enquanto para os Tribunais Estaduais, a lista é elaborada pela respectiva seccional da OAB.

Quanto aos membros do Ministério, para os Tribunais Regionais Federais, a lista sêxtupla é elaborada ou pelo Colégio de Procuradores ou pelo Conselho Superior do Ministério Público (arts. 53, incs. I e II, e 162, incs. III e V, todos da LC n. 75/93). Para os Tribunais Estaduais, a lista é elaborada pelo Conselho Superior do Ministério Público do Estado.

Em São Paulo, nos termos do art. 63 da Constituição Estadual, para os Tribunais de Alçada (temos dois cíveis e um criminal – ambos localizados na

capital) e para o Tribunal de Justiça Militar, os advogados são indicados, em lista sêxtupla, pela Seção Estadual da OAB. Os promotores são indicados pelo Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo. Dentre os nomes indicados, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça (25 desembargadores em São Paulo) formula lista tríplice, que é encaminhada ao Governador do Estado para, nos 20 dias subseqüentes, nomear um dos integrantes para o cargo.

As vagas decorrentes do quinto constitucional no Tribunal de Justiça são providas pelos integrantes do Tribunal de Alçada, conforme a classe de origem, alternadamente (§ 3.º do art. 63 da Constituição Estadual de São Paulo e art. 93, inc. III, da CF).

Após a Emenda Constitucional n. 24, também os Tribunais Regionais do Trabalho passaram a observar a proporcionalidade do quinto constitucional, conforme consta do parágrafo único do art. 115 da Constituição Federal.

Caso haja necessidade de arredondamento (Tribunais com número de integrantes que não seja múltiplo de cinco), o Supremo Tribunal Federal deliberou que este será feito para cima (em benefício daqueles que não integram a carreira da Magistratura), pois o que a Constituição Federal garante é a reserva da quinta parte desses Tribunais aos membros da Advocacia e do Ministério Público, não existindo garantia de 4/5 para os juízes de carreira.

1.3.3. O sistema de administração, promoções, vencimentos e aposentadorias

A carreira da Magistratura prevê a promoção de entrância para entrância (juiz substituto, primeira, segunda e terceira entrância, e entrância especial – é

assim, por exemplo, a divisão da primeira instância em São Paulo, na Justiça Estadual), alternadamente, por antiguidade e merecimento.

É obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas na lista de merecimento (são as denominadas indicações).

A aferição do merecimento deve observar a presteza e a segurança no exercício da jurisdição e a freqüência e o aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento; o magistrado deve contar com dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar a quinta parte da lista de antiguidade, salvo se ninguém preencher tais requisitos.

Na promoção por antiguidade, o Tribunal somente pode recusar o juiz mais antigo pelo voto de 2/3 dos seus membros.

O acesso aos Tribunais Estaduais, à segunda instância, também se dá por antiguidade e merecimento, alternadamente (exceção é o quinto constitucional).

São previstos cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisito de ingresso e promoção na carreira (em São Paulo existe a Escola Paulista de Magistratura).

São garantidos subsídios com diferença não superior a 10% de entrância para entrância, observados como teto os subsídios dos ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 37, inc. XI, da CF, que depende de regulamentação por lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado e do STF; art. 48, inc. XV, da CF).

A aposentadoria é compulsória aos 70 anos de idade ou em decorrência da invalidez. Tramita proposta de emenda constitucional que eleva a idade para 75 anos.

Os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário são públicos, e todas as decisões devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Pode a lei, quando assim exigir o interesse público, limitar a presença, em determinados atos, às partes e seus advogados, ou somente a estes (art. 93, inc. IX, da CF).

1.4. Organização da Justiça Brasileira

1.4.1. Justiça Federal e Justiça Estadual

Em regra, nos Estados Federais, a organização da Justiça costuma observar uma bifurcação, coexistindo órgãos federais e órgãos estaduais.

No Brasil há a Justiça Federal Comum, cuja competência está especificada no art. 109 da Constituição Federal, respeitada a competência da Justiça Federal Especializada (militar, eleitoral, trabalhista).

Da mesma forma, temos a Justiça Estadual Comum, formada por órgãos judiciários integrados no ordenamento dos Estados-membros.

A Justiça Especializada é aquela incumbida da prestação jurisdicional em determinadas matérias, seja Federal (Justiça Militar Federal, Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral), seja Estadual (Justiça Militar Estadual).

A Justiça Especial não se confunde com a Justiça de Exceção (vedada pelo art. 5.º, inc. XXXVII, da CF).

A Justiça Especial é permanente e orgânica, aplicando a lei em todos os casos que envolvam determinadas matérias ou determinadas pessoas.

A Justiça de Exceção é transitória e arbitrária, aplicando a lei somente em determinados casos concretos. O órgão julgador, via de regra, é criado após a ocorrência do fato que irá julgar.

1.5. Justiça Federal

A Justiça Federal divide-se em Justiça Federal Comum, Justiça Militar Federal, Justiça Eleitoral e Justiça do Trabalho.

A competência da Justiça Federal Comum, normalmente exercida pelos juízes federais, pode ser fixada em razão da pessoa (causas em que a União, suas entidades autárquicas, fundações públicas e empresas públicas são interessadas, excetuadas as causas relativas à falência, acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral, à Justiça do Trabalho e à Justiça Militar), ou em razão da matéria (crimes previstos em tratados ou convenções internacionais, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; os crimes contra a organização do trabalho, crimes cometidos a bordo de navio ou aeronave; as causas que discutam a validade de tratado internacional ou contrato da união com outro País; a disputa sobre direitos indígenas etc.).

O art. 109 da Constituição Federal trata da competência dos juízes federais e prevê a possibilidade de juízes estaduais exercerem a competência federal (art. 109, § 3.º, da CF), nos casos previstos em lei.

As contravenções penais, ainda que praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, serão julgadas pela Justiça Comum Estadual, nos termos da Súmula 38 do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto ao inc. X do art. 109 da Constituição Federal, há que se observar que o *exequatur* em carta rogatória e a homologação de sentença estrangeira competem exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, inc. I, "h", da CF e art. 225 e ss. do Regimento Interno do STF), só competindo ao juiz federal a execução dos julgados.

O *exequatur*, espécie de autorização (precedida da possibilidade de impugnação pelo interessado residente no Brasil e de manifestação do Procurador Geral da República) para o cumprimento da carta rogatória no Brasil, é concedido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal após a verificação de que a carta rogatória é autêntica e não atenta contra a ordem pública ou a soberania nacional.

Tanto para a homologação da sentença estrangeira quanto para a concessão de *exequatur*, o Brasil adota o “sistema de controle limitado”, também chamado “delibação”, segundo o qual o julgado estrangeiro é submetido a um controle delimitado a pontos específicos. A homologação pode ser total ou parcial.

A matéria está disciplinada na Constituição Federal, no art. 15 da Lei de Introdução ao Código Civil (parcialmente derrogado pelos arts. 483 e 484 do CPC) e nos arts. 215 e 224 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A Súmula n. 420 do Supremo Tribunal Federal dispõe que não se homologa sentença proferida no estrangeiro, sem prova do seu trânsito em julgado.

Os títulos extrajudiciais estrangeiros podem ser executados sem a homologação do Supremo Tribunal Federal, observado o § 2.º do art. 585 do

Código de Processo Civil, e desde que nosso País seja indicado como o local do cumprimento da obrigação (*RTJ* 111/782).

Caso uma Comarca não seja sede da Justiça Federal, a lei poderá permitir que causas de competência da Justiça Federal sejam processadas e julgadas pela Justiça Estadual, com recurso para o Tribunal Regional Federal da área de jurisdição do juiz de primeiro grau (por exemplo, o art. 27 da Lei n. 6.368/76, que trata do tráfico internacional de entorpecentes, prevê o julgamento pela Justiça Estadual se o local da prática do crime for Município que não seja sede de Vara da Justiça Federal).

Também são processadas e julgadas na Justiça Estadual, no foro de domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem partes instituição da previdência social e segurado, sempre que a Comarca não for sede de Vara Federal. O recurso é dirigido ao Tribunal Regional Federal (*RSTJ* 28/40).

Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidentes do trabalho contra o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), com recurso dirigido ao Tribunal Estadual competente (Súmula n. 15 do STJ; art. 109, inc. I, da CF e art. 108, inc. III, "c", da LC n. 35/79), ainda que a Comarca tenha sede da Justiça Federal.

1.5.1. Tribunais Regionais Federais

Os Tribunais Regionais Federais, que são órgãos da Justiça Federal Comum, têm por competência julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área da sua jurisdição.

Por competência originária, os Tribunais Regionais Federais processam e julgam os casos especificados no art. 108, inc. I, da Constituição Federal.

Os Tribunais Regionais Federais são compostos de no mínimo sete juízes, sempre que possível recrutados na região de atuação do Tribunal, nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de 30e menos de 65 anos de idade – observado o quinto constitucional (art. 94 da CF) e os critérios de merecimento e antiguidade, alternadamente, quanto aos juízes de carreira com mais de cinco anos de exercício.

Existem cinco Tribunais Regionais Federais, nos termos do art. 27, § 6.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

1.6. Tribunais e Juízes do Trabalho

Desde a Emenda Constitucional n. 24 não há previsão de novos juízes classistas para as Juntas Trabalhistas, agora denominadas Varas, ou para os Tribunais Trabalhistas.

Os atuais juízes classistas atuarão até o término dos seus mandatos, e, cessado o mandato de um (empregador ou empregado), o outro deixará de atuar (sem prejuízo dos subsídios até terminar o seu mandato).

Anteriormente à Emenda Constitucional n. 24, as Juntas de Conciliação e Julgamento (hoje Varas do Trabalho) eram compostas por um Juiz do Trabalho (juiz concursado e togado), que a presidia, e por dois juízes classistas (vogais), sendo um representante dos empregadores e outro dos empregados (princípio da representação em base paritária, de empregadores e empregados, em todas as instâncias).

Os vogais das Juntas e seus suplentes, até a Emenda Constitucional n. 24/99, eram nomeados pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho respectivo, de acordo com as listas tríplices que eram encaminhadas pelos sindicatos de empregados e empregadores com base territorial na área da junta a ser provida.

A mesa apuradora da eleição sindical era presidida por um membro do Ministério Público do Trabalho ou outra pessoa idônea designada pelo Procurador Geral da Justiça do Trabalho.

Para constar da lista tríplice, o candidato deveria ser brasileiro, ter reconhecida idoneidade moral, mais de 25 e menos de 70 anos de idade, estar no gozo dos direitos civis e políticos, estar quite com o serviço militar, contar com mais de dois anos de efetivo exercício da profissão e ser sindicalizado (era o sindicato quem atestava os dois últimos requisitos). Ao contrário do juiz-presidente (togado), o vogal não precisava ser bacharel em direito.

O mandato do vogal era de três anos, admitida uma recondução por igual período.

A gratificação, normalmente, correspondia a 2/3 dos vencimentos dos juízes togados.

O juiz classista tinha como função formular perguntas e votar nos julgamentos.

A única presença indispensável nos julgamentos era a do juiz-presidente. Vale dizer: ainda que os dois vogais faltassem na sessão, o julgamento era feito pelo juiz togado.

Em caso de empate (se comparecesse apenas um vogal na sessão), prevalecia o voto do juiz- presidente.

Nas regiões onde não havia Juntas Trabalhistas, os julgamentos eram feitos pelos Juízes de Direito, com recurso para o Tribunal Regional do Trabalho. A regra subsiste para as regiões que não dispõem de Varas Trabalhistas (art. 112 da CF).

Os classistas do Tribunal Superior do Trabalho eram nomeados pelo Presidente da República.

A Justiça do Trabalho, atualmente, é composta dos seguintes órgãos:

- Tribunal Superior do Trabalho;
- Tribunal Regional do Trabalho;
- Juízes do Trabalho.

Quanto aos advogados e membros do Ministério Público que integram os Tribunais do Trabalho, devem ser observados os requisitos previstos no art. 94 da Constituição Federal.

A arbitragem é facultativa, e não obrigatória, nos termos do art. 114 e parágrafos da Constituição Federal.

No projeto de reforma constitucional do Poder Judiciário há proposta de criação de Juizados Especiais na Justiça do Trabalho. O Professor Ricardo Chimenti acredita que, em razão da Emenda Constitucional n. 22/99, que inseriu o parágrafo único do art. 98 da Constituição Federal autorizando a criação de Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, não há qualquer

impedimento para que os Juizados Trabalhistas sejam criados por lei ordinária, conforme, aliás, consta do Projeto de Lei n. 2.596/96.

De qualquer forma, a fim de aperfeiçoar o rito previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, foram promulgadas as Leis ns. 9.957 e 9.958, de 12.1.2000. A primeira instituiu o rito sumaríssimo no processo trabalhista, alterando os arts. 852 (que ganhou alíneas de "a" até "i"), 895 e 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. A segunda permite que as empresas e os sindicatos instituam as comissões de conciliação prévia e dispõe sobre a execução do título extrajudicial decorrente dos termos de conciliação firmados com observância das novas normas.

Acredita-se que desde logo seja possível a aplicação subsidiária da Lei n. 9.099/95 aos processos trabalhistas instaurados de acordo com o novo rito, afastando-se, sempre que viável, a incidência do Código de Processo Civil. É que o direito processual comum (art. 769) do rito sumaríssimo passou a ser a Lei dos Juizados Especiais.

De acordo com o § 3.º do art. 114 da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional n. 20/98, compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, incs. I, "a", e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.

1.7. Tribunais e Juízes Eleitorais

A Justiça Eleitoral, de natureza federal, é composta pelo Tribunal Superior Eleitoral, pelos Tribunais Regionais Eleitorais, pelos juízes eleitorais e pelas juntas eleitorais.

Os Tribunais Regionais Eleitorais são compostos por sete membros. Dois são escolhidos dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado, dois entre Juízes de Direito, um do Tribunal Regional Federal da região respectiva e os dois advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral indicados pelo Tribunal de Justiça dos Estados-membros ou do Distrito Federal em lista sêxtupla, nomeados pelo Presidente da República (art. 120 da CF).

O Tribunal Superior Eleitoral é composto por, no mínimo (previsão inexistente em relação aos TREs), sete ministros. Três são escolhidos dentre os ministros do Supremo Tribunal Federal, mediante eleição secreta entre os próprios membros da Corte, dois são escolhidos dentre os ministros do Superior Tribunal de Justiça, mediante eleição secreta entre seus próprios pares, e dois são nomeados pelo Presidente da República dentre advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal em lista sêxtupla.

Salvo motivo justificado, os juízes dos Tribunais Eleitorais servirão por no mínimo dois anos, e nunca por mais de dois biênios consecutivos (quatro anos).

As funções de juiz eleitoral são exercidas pelos Juízes de Direito da Justiça Estadual Comum, conforme designação do Tribunal Regional Eleitoral respectivo (arts. 32 a 35 do Código Eleitoral – Lei n. 4.737/65).

As juntas eleitorais são presididas por um Juiz de Direito (seja ou não juiz eleitoral) e por dois ou quatro cidadãos de notória idoneidade. À junta eleitoral compete apurar as eleições, resolver as impugnações e incidentes verificados durante a apuração, expedir os boletins de apuração e o diploma aos eleitos para cargos municipais.

Das decisões dos Tribunal Regional Eleitoral e do Tribunal Superior Eleitoral somente cabe recurso nas hipóteses especificadas na Constituição Federal.

Em primeiro grau, as funções (como parte ou custos legais, nos termos do art. 127 da CF) do Ministério Público eleitoral são exercidas pelos membros do Ministério Público estadual designados pelo Procurador Geral de Justiça no Estado (art. 73 da Lei n. 8.625/93 e art. 72 da LC n. 75/93).

Junto aos Tribunais Regionais Eleitorais atuam os Procuradores da República designados pelo Procurador Geral da República. Junto ao Tribunal Superior Eleitoral atua a Procurador Geral da República ou seus substitutos legais.

Compete ao Tribunal Regional Eleitoral o julgamento dos crimes praticados pelos juízes eleitorais de primeiro grau (art. 29, "d", do Código Eleitoral).

1.7.1. Recursos em matéria eleitoral

Não havendo previsão legal em sentido contrário, os recursos em matéria eleitoral devem ser interpostos no prazo de três dias, conforme prevê o art. 258 do Código Eleitoral. Para a apelação criminal eleitoral o prazo é de dez dias, nos termos do art. 362 do Código Eleitoral. Da decisão sobre o exercício de direito de resposta cabe recursos às instâncias superiores em 24 horas (§ 5.º do art. 58 da Lei n. 9.504/97, a denominada Lei Geral das Eleições).

Os principais recursos estão previstos no art. 102, inc. II, "a", e inc. III, "a", da Constituição Federal, nos §§ 3.º e 4.º do art. 121 da Constituição

Federal, nos arts. 257 a 282 do Código Eleitoral, nos arts. 8.º e 11 da Lei Complementar n. 64/90 e no § 5.º do art. 58 da Lei n. 9.504/97.

1.7.2. Crimes eleitorais

Os crimes eleitorais são apurados mediante ação penal pública incondicionada (art. 355 do Código Eleitoral), e o prazo para o oferecimento da denúncia, esteja o acusado preso ou solto, é de dez dias.

Não há previsão de interrogatório, o qual poderá ser facultado pelo juiz eleitoral ao acusado. Recebida a denúncia, o acusado é citado para contestar em dez dias, seguindo-se com a coleta dos depoimentos das testemunhas e as alegações finais (arts. 355 a 364 do Código Eleitoral).

1.8. Tribunais e Juízes Militares

São órgãos da Justiça Militar o Superior Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes Militares.

O Superior Tribunal Militar é composto por 15 ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal.

Dez dos ministros são militares da ativa, sendo três oficiais-generais da Marinha, três oficiais-generais da Aeronáutica e quatro oficiais-generais do Exército.

Os cinco ministros civis são escolhidos dentre os brasileiros maiores de 35 anos, sendo três entre advogados de notório saber jurídico e reputação

ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional (como se exige para o quinto constitucional), e dois por escolha paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público Militar.

Mediante proposta do Tribunal de Justiça dos Estados-membros, a lei estadual pode criar a Justiça Estadual Militar, constituída, em primeiro grau, pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo da Polícia Militar for superior a 20 mil integrantes.

À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares previstos em lei, sejam eles praticados por integrantes das Forças Armadas Federais, sejam eles praticados por policiais e bombeiros militares dos Estados-membros.

Sua competência natural concerne aos crimes militares, cuja caracterização é controvertida. Regra geral, três são as condições para que se defina a competência da Justiça Militar:

- a qualidade de militar do autor do crime;
- que o fato, o ato ou a omissão estejam capitulados na lei penal militar; e
- que esteja presente uma das situações previstas no art. 9.º do Código Penal Militar (Dec.-lei n. 1.001/69).

Art. 9.º do Dec.-lei n. 1.001/69: "Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I – os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;*

* Alínea "c" com redação dada pela Lei n. 9.299, de 07.08.1996 (*DOU* de 08.8.1996, em vigor desde a publicação).

d) por militar durante o período de manobras, ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) Revogada pela Lei n. 9.299, de .8.1996, previa a competência da Justiça Militar pelo simples fato de o crime ser cometido com o uso de uniforme ou arma da corporação.

III – os crimes praticados por militar da reserva ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito a administração militar, contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério Militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função da natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum.*

* Parágrafo acrescido pela Lei n. 9.299, de 7.8.1996 (*DOU* de 8.8.1996, em vigor desde a publicação)". Texto extraído do *LIS Saraiva*, edição 44.

A legislação militar não prevê os crimes de abuso de poder ou de abuso de autoridade, que por isso são julgados pela Justiça Comum.

Súmula n. 172 do Superior Tribunal de Justiça: "Compete à Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço".

Acredita-se que, diante da revogação da alínea "f" do inc. I do art. 9.º do Código Penal Militar, restou superada a Súmula n. 47 do Superior Tribunal de Justiça, do seguinte teor: "Compete à Justiça Militar processar e julgar crime cometido por militar contra civil, com emprego de arma pertencente à corporação, mesmo não estando em serviço".

Conforme determinava a Súmula n. 30 do extinto Tribunal Federal de Recursos: "Conexos os crimes praticados por policial militar e por civil, ou acusados estes como co-autores de uma mesma infração, compete à Justiça Militar processar e julgar o policial militar pelo crime militar e a Justiça Comum o civil".

Caso um militar, no mesmo contexto, pratique um delito não tipificado na lei penal militar e um delito tipificado como crime militar, haverá a separação dos processos. À Justiça Militar caberá processar e julgar o crime militar, enquanto à Justiça Comum caberá julgar o crime não tipificado como militar (alguns crimes estão tipificados nas leis penais comuns e nas leis penais militares, outros; porém, somente estão previstos em uma das leis).

Não cabe *habeas corpus* com relação ao mérito das punições disciplinares militares (art. 142, § 2.º, da CF). Aspectos de estrita legalidade, porém, estão sujeitos ao remédio constitucional.

Quanto aos crimes de civis contra instituições militares, entende-se derrogado o art. 82 do Código de Processo Penal Militar, que estabelecia a competência da Justiça Militar, merecendo destaque a Súmula n. 53 do

Superior Tribunal de Justiça: “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais”.

Os crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil em tempo de paz, são de competência da Justiça Comum e conseqüentemente estão sujeitos ao Tribunal do Júri (Lei n. 9.299/96). Mesmo com a nova lei, o inquérito será processado por autoridades militares, nos termos da parte final do § 4.º do art. 144 da Constituição Federal.

Súmula n. 192 do Superior Tribunal de Justiça: “Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual”.

Em São Paulo, a Justiça Militar também está disciplinada nos arts. 80 a 82 da Constituição Estadual.

1.9. Justiça Comum Estadual

A lei de organização judiciária de cada Estado-membro é de iniciativa do respectivo Tribunal de Justiça. A competência dos Tribunais Estaduais é definida nas respectivas Constituições Estaduais, conforme autoriza o art. 125, § 1.º, da Constituição Federal.

À Justiça Comum Estadual atribui-se a competência residual, compete-lhe o julgamento de todos os litígios que não forem expressamente atribuídos pela Constituição Federal a outros ramos do Poder Judiciário.

O art. 126 da Constituição Federal estabelece que o Tribunal de Justiça designará juízes de entrância especial, com competência exclusiva para

questões agrárias, devendo o juiz estar presente no local do litígio sempre que a medida se mostrar necessária à eficiente prestação jurisdicional. Em São Paulo não há designação específica.

Todas as contravenções penais são processadas e julgadas pela Justiça Comum Estadual, nos termos do art. 109, inc. IV, da Constituição Federal e da Súmula n. 38 do Superior Tribunal de Justiça.

Compete ao Tribunal de Justiça o julgamento dos juízes estaduais (inclusive os do Tribunal de Alçada) e dos membros do Ministério Público Estadual, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

1.10. Juizados de Pequenas Causas, Juizados Especiais Cíveis e Juizados Especiais Criminais

Os arts. 24, inc. X, e 98, inc. I, ambos da Constituição Federal, tratam dos Juizados de Pequenas Causas e dos Juizados Especiais Cíveis.

O Professor Ricardo Chimenti expôs em seu livro *Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis* a doutrina de Arruda Alvim no sentido de que "os arts. 24, inc. X, e 98, inc. I, ambos da CF, indicam duas realidades distintas. Através do art. 24, inc. X, citado, verifica-se que o *legislador constitucional assumiu a existência dos Juizados de Pequenas Causas;* já tendo em vista o disposto no art. 98, inc. I, citado, constata-se que, *nesta hipótese*, refere-se o texto a *causas cíveis de menor complexidade*. Estas, como se percebe, não são aquelas (ou, ao menos, *não devem ser* aquelas) que dizem respeito ao Juizado de Pequenas Causas.

No entanto, com a edição da Lei n. 9.099, de 26.09.1995, ao que tudo indica, acabaram por ser unificadas, claramente, as sistemáticas dos *Juizados de Pequenas Causas* e a dos *Juizados Especiais* de causas de menor complexidade, ao menos naquelas relacionadas a matéria cível, isto porque foi revogada *expressamente* a Lei n. 7.244/84 (Lei n. 9.099/95, art. 97), que regulava o processamento perante os Juizados de Pequenas Causas Cíveis".

As causas de menor complexidade no âmbito civil são aquelas que não exigem prova técnica de alta investigação, estando a questão disciplinada basicamente pelo art. 3.º da Lei n. 9.099/95.

Pela Lei n. 9.841/99, já regulamentada pelo Dec. n. 3.474/00, além das pessoas físicas capazes, maiores de 18 anos, também as microempresas estão autorizadas a figurar como autoras nos Juizados Especiais Cíveis.

A criação de Juizados Especiais no âmbito federal, prevista no parágrafo único do art. 98 da Constituição Federal, foi regulamentada pela Lei n. 10.259, de 12.7. 2001.

A competência dos Juizados Especiais Criminais está adstrita às infrações penais de menor potencial ofensivo.

Infrações penais de menor potencial ofensivo são aquelas expressamente previstas na Lei n. 9.099/95 ou em leis especiais (por exemplo, as contravenções penais, qualquer que seja a pena, e ainda que previsto procedimento especial para o seu processamento) e os crimes (previstos no Código Penal ou nas leis extravagantes) a que a lei comine pena máxima não superior a um ano (pena de reclusão ou de detenção). Excetuam-se os casos evidentemente complexos e os crimes cujo processo siga rito especial.

"Todas as contravenções penais são da competência do Juizado.

As restrições quanto à pena máxima não superior a um ano e ao procedimento especial só atingem os crimes, não se aplicando a esta espécie de infração que, pela sua própria natureza, deve ser sempre considerada de menor potencial ofensivo.” [1]

Há, contudo, inúmeras controvérsias jurisprudenciais sobre a competência dos Juizados Criminais em relação às contravenções cuja lei respectiva prevê procedimento especial, conforme destaca o livro *A Lei dos Juizados Especiais Criminais na Jurisprudência*[2].

1.11. Justiça de Paz (art. 98, inc. II, da CF)

A Justiça de Paz, remunerada, deve ser composta por cidadãos maiores de 21 anos (art. 14, § 3.º, inc. VI, "c", da CF), eleitos pelo voto direto, secreto e universal, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, cuidar do respectivo processo de habilitação, exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação (por exemplo, coordenar, a critério do juiz togado responsável pela Vara da Infância e da Juventude da Comarca respectiva, o corpo de voluntários, antigo Comissariado de Menores).

A iniciativa de leis que afetem a Organização Judiciária dos Estados-membros compete privativamente ao respectivo Tribunal de Justiça (art. 96, inc. II, "d", da CF), sendo que em São Paulo o art. 70, inc. IV, da Constituição Estadual reforça a previsão já contida na Constituição Federal e atribui ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça a competência para propor à Assembléia Legislativa a alteração da organização e da divisão judiciária.

---

[1] GRINOVER, Ada Pellegrini e GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*. 1.ª ed., São Paulo: RT, 1996. p. 66.

[2] LAGRASTA NETO, Caetano, coord. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

A Justiça de Paz não é novidade no sistema jurídico brasileiro, visto que a Constituição do Império exigia que se intentasse a reconciliação prévia entre as partes como pré-requisito para se dar início a algum processo, reconciliação que era conduzida pelo Juiz de Paz, eleito da mesma forma que os vereadores.

Castro Nunes, em sua obra *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, ensina que o objetivo maior da Justiça de Paz é “permitir aos Estados, na modelação de seus aparelhos, utilizar-se de uma forma de colaboração que, em nosso País, dada a sua extensão territorial, terá nisso uma razão de ser, porque o Juiz de Paz é a Justiça em cada Distrito, ao pé da porta dos moradores de cada localidade, para as pequenas demandas que exijam solução pronta e abreviada nas formas processuais.

Como indica a própria denominação, a Justiça de Paz corresponde ao juízo de conciliação, visa harmonizar as partes, evitando demandas”.

Costa Manso, porém, bem adverte que “o caráter liberal da instituição obliterou-se inteiramente. Hoje o Juiz de Paz, em regra, é um instrumento da política local e, portanto, um instrumento da opressão. Nem é mais Juiz, nem é da paz”.

Sobre o tema, merece destaque o minucioso estudo desenvolvido pelo Exmo. Sr. Dr. Antônio Carlos Alves Braga, Corregedor de Justiça do Estado de São Paulo nos anos de 1994 e 1995, publicado no *DOE-Poder Judiciário*, caderno 1, seção XXIII, ed. de 6.10.1995, no qual se destaca que o Juiz de Paz poderá exercer suas funções como conciliador dos Juizados Especiais, a critério do juiz -presidente do respectivo Juizado.

1.12. Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça é composto por 33 ministros (número mínimo que pode ser ampliado), sendo 1/3 originário dos juízes do Tribunal Regional Federal, 1/3 dos desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e 1/3 dentre advogados (1/6) e membros do Ministério Público (1/6). Todos devem ser escolhidos entre profissionais de notável saber jurídico, reputação ilibada, mais de 35 e menos de 65 anos de idade.

Quanto aos magistrados de carreira, o Superior Tribunal de Justiça elabora lista tríplice e encaminha os nomes para a escolha do Presidente da República. O indicado será submetido à aprovação pela maioria simples dos membros do Senado, e nomeado pelo Presidente da República.

No caso dos advogados, recebida a lista sêxtupla da OAB Federal, o Superior Tribunal de Justiça elabora lista tríplice e encaminha os nomes para o Presidente da República, seguindo-se então o trâmite acima especificado. A escolha está disciplinada pelo Provimento n. 80/96 do Conselho Federal da OAB.

Quanto aos membros do Ministério Público, cada Ministério Público Estadual e o Ministério Público Federal elaborarão suas respectivas listas sêxtuplas. O Superior Tribunal de Justiça, após analisar todas as listas, escolherá três nomes, submetendo-os à apreciação do Presidente da República para que um seja nomeado (após aprovação do nome, por maioria simples, pelo Senado Federal).

Quanto aos arts. 104 a 106 da Constituição Federal, merecem destaque as seguintes observações:

- não cabe Recurso Especial de decisão proferida por juiz singular, como na hipótese dos embargos infringentes previstos na Lei n. 6.830/80 (art. 105, inc. III, da CF);

- não cabe Recurso Especial contra decisões dos Juizados Especiais para Causas Cíveis de menor complexidade e Causas Penais de menor potencial ofensivo, pois as Turmas de Recurso não são Tribunais. Nesse sentido a Súmula n. 203 do Superior Tribunal de Justiça;

- não cabe ao Superior Tribunal de Justiça reexaminar, via Recurso Ordinário ou Recurso Especial, as causas decididas em única ou última instância pelo Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Militar ou Tribunal Superior Eleitoral, pois todos são Tribunais Superiores.

Compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal; nos crimes comuns e de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Estaduais, dos Tribunais Regionais do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e do Ministério Público da União que oficiem perante os Tribunais.

1.13. Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal é composto de 11 ministros vitalícios, escolhidos dentre cidadãos (brasileiros natos, como determina o art. 12, § 3.º, inc. IV, da CF) com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. O número de ministros com atribuições jurisdicionais é considerado cláusula pétrea (decorrente do princípio da separação dos poderes), e assim não pode ser aumentado sequer mediante emenda à Constituição Federal.

A nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal é feita pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pela maioria absoluta (quorum qualificado) do Senado Federal, por voto secreto e após argüição pública (sabatina). Não há qualquer lista elaborada pelos órgãos do Judiciário, da OAB ou do Ministério Público.

O art. 102 da Constituição Federal, que trata da competência do Supremo Tribunal Federal, sofreu alterações pelas Emendas Constitucionais ns. 3/93 e 22/99.

A Constituição Federal atribui ao Supremo Tribunal Federal competência originária taxativa para o julgamento em única instância das matérias previstas no inc. I do art. 102 da Constituição Federal.

No âmbito recursal as causas podem chegar ao Supremo Tribunal Federal via Recurso Ordinário (inc. II do art. 102 da CF) ou Recurso Extraordinário (inc. III, art. 102, da CF). Os arts. 539 a 564 do Código de Processo Civil disciplinam as questões ligadas aos recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

O prazo para o Recurso Especial (STJ), para o Recurso Ordinário (STJ ou STF) e para o Recurso Extraordinário (STF) em regra é de 15 dias (art. 508 do CPC). Antes do recebimento do recurso são colhidas as contra-razões. Em matéria eleitoral o prazo é de três dias, conforme estabelece o art. 12 da Lei n. 6.055/74.

O Recurso Extraordinário (STF) tem por pressupostos o prequestionamento da matéria constitucional e a ofensa direta à Constituição Federal.

Conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal (*RTJ* 133/945): "O simples fato de determinada matéria haver sido veiculada em razões de recurso não revela o prequestionamento. Este pressupõe o debate e a decisão prévios e, portanto, a adoção de entendimento explícito, pelo órgão investido do ofício judicante, sobre a matéria". Quando a ofensa ao texto constitucional estiver implícita no acórdão recorrido, o prequestionamento deve ser feito por meio de embargos de declaração, para que se supra a omissão quanto à questão constitucional por ele não enfrentada (*RTJ* 123/383).

De acordo com a Súmula n. 282 do Supremo Tribunal Federal: "É inadmissível Recurso Extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".

Já a Súmula n. 356 estabelece que "o ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de Recurso Extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento".

O acesso à via recursal extraordinária também pressupõe a existência, na decisão impugnada, de motivação que permita, de modo imediato, a direta e plena compreensão da controvérsia constitucional instaurada. Ofensas reflexas,

que dependam do reexame de normas infraconstitucionais utilizadas para embasar o julgado questionado, não autorizam o Recurso Extraordinário.

Da decisão que nega seguimento ao Recurso Extraordinário ou ao Recurso Especial cabe agravo de instrumento, cuja petição poderá ser apresentada na Secretaria do órgão recorrido, observadas as Resoluções n.140/96 do Supremo Tribunal Federal e n. 1/96 do Superior Tribunal de Justiça. Decorrido o prazo para contra-razões, os autos do agravo obrigatoriamente devem seguir para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça.

Sobre o tema, também merecem destaque as seguintes Súmulas do Supremo Tribunal Federal:

- Súmula n. 279: “Para simples reexame de prova não cabe Recurso Extraordinário”.
- Súmula n. 281: “É incabível Recurso Extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, Recurso Ordinário da decisão impugnada”.
- Súmula n 283: “É inadmissível o Recurso Extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.
- Súmula n. 284: “É inadmissível o Recurso Extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.
- Súmula n. 454: “Simples interpretação de cláusula contratual não dá lugar a Recurso Extraordinário”.

O art. 61 da Constituição Federal dispõe que é do Supremo Tribunal Federal também a iniciativa da lei complementar. O art. 93 do mesmo diploma legitima a Corte para elaboração do Estatuto da Magistratura – atualmente, vigente a Lei Complementar n. 35/79, recepcionada em sua maior parte pela Constituição Federal. Está em fase de discussão no Parlamento o novo Estatuto da Magistratura.

Nos crimes de responsabilidade, os ministros do Supremo Tribunal Federal são julgados pelo Senado Federal; nos crimes comuns, pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

O Supremo julga, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os diplomatas, os ministros de Estado, os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica – ressalvado o disposto no art. 52, inc. I, e os membros do Tribunal de Contas da União.

Compete-lhe o julgamento, nas infrações penais comuns, do Presidente da República, do Vice-Presidente, dos membros do Congresso Nacional e do Procurador Geral da República.

O art. 103 da Constituição Federal trata das ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade, cuja apreciação cabe ao Supremo Tribunal Federal (tema analisado em capítulo próprio).

MÓDULO XVIII

DIREITO CONSTITUCIONAL

DIREITO CONSTITUCIONAL

1. DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA

Explicitando sua opção pelo sistema capitalista, o constituinte relacionou a propriedade privada e a livre iniciativa entre os princípios da ordem econômica, prevendo, como regra, que o exercício de qualquer atividade econômica independe de autorização governamental (salvo nos casos previstos em lei).

Ressalvados os casos previstos na CF, ao Estado (gênero) só compete a exploração direta da atividade econômica quando a ação for necessária à segurança nacional, ou em caso de relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

A propriedade e sua função social, assim como a livre concorrência e a defesa do consumidor, são temas analisados conjuntamente com os direitos fundamentais do art. 5.º da CF.

O tratamento favorecido às empresas de pequeno porte, constituídas sob as lei brasileiras, com sede e administração no País, está previsto nos arts. 170, inc. IX, e 179, ambos da CF. No âmbito infraconstitucional a matéria é disciplinada pela Lei n. 9.841/99 (novo Estatuto da Micro e Pequena empresa) e pela Lei n. 9.317/96 (que instituiu o SIMPLES, autorizando o pagamento unificado de parte dos tributos).

O art. 173, § 5.º, da CF abre espaço para a punição criminal de pessoas jurídicas, sem prejuízo da responsabilização individual dos seus dirigentes. A hipótese, incomum no Brasil, é prevista em diversos países, nos quais as empresas sofrem penas pecuniárias ou restritivas de direitos.

Ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, o art. 173, § 4.º, da CF traz que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação do mercado, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Monopólio significa exclusividade. Oligopólio significa o controle de um mercado por um pequeno número de grandes empresas.

Truste ou cartel é a expressão utilizada para designar as empresas ou grupos que, sob uma mesma orientação, mas sem perder a autonomia, se reúnem com o objetivo de dominar o mercado e suprimir a livre concorrência. Recentemente o CADE utilizou a legislação antitruste para condenar a tabela de honorários médicos da AMB e para investigar as montadoras de veículos.

Dumping, segundo De Plácido e Silva, "é a expressão utilizada para indicar a organização que tem por objetivo vender mercadorias, de sua produção ou comércio, em país estrangeiro por preço inferior aos artigos similares neste mercado, a fim de que possa afrontá-los ou retirá-los da concorrência". Recentemente uma rede de supermercados americana foi acusada de *dumping* porque entrou no mercado nacional vendendo inúmeros produtos a preço de custo ou abaixo do custo.

A Lei n. 8.884/94 instituiu o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão administrativo que tem entre seus objetivos zelar pela livre concorrência.

Crime político é aquele praticado com o fim de subverter violentamente a *ordem econômica* e social do Estado, de promover uma insurreição armada e suscitar a guerra civil, de atentar contra a vida e a incolumidade de pessoas para fins de terrorismo e de subversão da ordem democrática. Entre nós os crimes contra a ordem política e social estão disciplinados pela Lei n. 7.170/83, a denominada Lei de Segurança Nacional, e são da competência da Justiça Federal (arts. 102, inc. II, "b", e 109, inc. IV, ambos da CF).

2. DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Dentro do Sistema Financeiro Nacional estão incluídas as instituições financeiras (públicas ou privadas), as bolsas de valores e as companhias de seguro, de previdência privada e de capitalização, que dependem de autorização outorgada em caráter inegociável e intransferível (art. 192, § 1.º, da CF).

Por ora, pelo princípio da recepção, o Sistema Financeiro Nacional está regulado pela Lei n. 4.545/64, pois a lei complementar prevista no art. 192 da CF ainda não foi votada.

Ainda que permitindo restrições via norma infraconstitucional, o constituinte admitiu a participação estrangeira nas instituições financeiras, de previdência privada, e nas demais especificadas nos incs. I e II do art. 192 da CF, conforme demonstra o inc. III do art. 193 da CF. Contudo, até que seja votada a lei complementar, estão vedados (art. 52 do ADCT):

- a instalação, no País, de novas agências de instituições financeiras domiciliadas no exterior;
- o aumento do percentual de participação no capital de instituições financeiras com sede no País, de pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior.

O governo brasileiro, porém, pode autorizar o contrário nos casos de seu interesse, nos casos de acordos internacionais, ou se verificada a reciprocidade.

A nomeação do presidente e dos diretores do Banco Central compete ao Presidente da República, após a aprovação prévia dos nomes pelo Senado Federal (arts. 84, inc. XIV, e 52, inc. III, "d", ambos da CF).

Compete ao Banco Central, entre outra atribuições, emitir moeda ou autorizar a Casa da Moeda a fazê-lo (art. 164 da CF).

Quanto às taxas de juros de 12% ao ano (os juros caracterizam a remuneração do capital que se encontra em poder de terceiro), prevista no § 3.º do art. 192 da CF, o STF já deliberou que a norma não é auto-executável (ADIn n. 4, MI n. 362-9 RJ, AgI n. 0166724-9/040/SP).

A questão, porém, ainda é polêmica, pois muitos sustentam que "não obstante o julgamento da ADIn n. 4-7/600 do STF, por isso afastada a auto-aplicabilidade do § 3.º do art. 192 da CF, os juros bancários permanecem limitados aos do contrato, nunca, porém, superiores a 12% ao ano, mais correção monetária, haja vista a legislação infraconstitucional, art. 1.º do Dec.-lei n. 22.626/33, c. c. o art. 1.062 do CC brasileiro, que não foi revogada pela Lei n. 4.595/64" (Apel. Cível n. 195004635 – 9.ª Câmara Cível, Tribunal de

Alçada do Rio Grande do Sul). No mesmo sentido: EI n. 194115275 – 2.º Grupo Cível – Frederico Westphalen, j. 17.3.1995, TARS.

Observe-se, porém, que, mesmo na ausência da regulamentação do § 3.º do art. 192 da CF, a cobrança dos juros é impugnada pelo fato de o fornecedor inobservar a regra do inc. II do art. 52 da Lei n. 8.078/90, que determina seja o consumidor, usuário de um financiamento ou da outorga de crédito, prévia e adequadamente informado sobre a taxa efetiva anual de juros.

MÓDULO XIX

DIREITO CONSTITUCIONAL

DIREITO CONSTITUCIONAL

1. POLÍTICA URBANA

As regras gerais sobre a política urbana estão disciplinadas pela Lei n. 10.257/2001, denominada Estatuto das Cidades.

1.1. Do Usucapião P*ro Labore*

O usucapião costuma ser definido como uma forma de prescrição aquisitiva da propriedade, ou seja, um modo originário de aquisição do domínio, por meio de posse mansa e pacífica, por determinado espaço de tempo, fixado em lei.

Os bens públicos, inclusive os dominicais (móveis ou imóveis) e as terras indígenas, são inusucapíveis (arts. 191, par. ún., e 231, §§ 2.º e 4.º, da CF e Súmula n. 340 do STF). Celso Bastos, após observar que o art. 188 da Constituição Federal distingue terras públicas e terras devolutas, sustenta que as terras devolutas estão sujeitas ao usucapião, pois embora sejam públicas em razão da qualidade de quem detém a sua titularidade (o Poder Público), não têm essa qualificação quando se considera a destinação a que estão afetas. O usucapião das terras devolutas está expressamente previsto no art. 2.º da Lei n. 6.969/81.

Chamam usucapião *pro labore*, usucapião constitucional e usucapião especial o previsto no art. 191 da Constituição Federal: "Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a 50 hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade". Observe-se também a Lei n. 6.969/81, que prevê o rito sumário para esse tipo de ação.

Pela Súmula n. 11 do Superior Tribunal de Justiça, a presença da União ou de qualquer dos seus entes, na ação de usucapião, não afasta a competência do foro da situação do imóvel.

Walter Ceneviva entende ser cabível o usucapião *pro labore* mesmo que a produtividade do imóvel atenda apenas ao sustento do requerente e de sua família.

1.2. Do Usucapião Pró-Moradia

No capítulo da política urbana, mais precisamente no seu art. 183, a Constituição Federal de 1988 instituiu o chamado usucapião *pró-moradia*, usucapião especial urbano ou usucapião constitucional urbano *pro misero*: "Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural". Exige-se o *animus domini*, mas não a boa-fé e a posse justa.

De acordo com o entendimento de Tubinambá Miguel de Castro Nascimento, o limite de 250 metros quadrados diz respeito tanto ao terreno

quanto à área construída, embora alguns sustentem que a limitação diz respeito tão-somente ao terreno. O título de domínio e a concessão de uso, tal como ocorre com o usucapião *pro labore*, serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

O direito ao usucapião *pró-moradia* não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez (o que não impede a aquisição de propriedade por outra forma de usucapião); contudo, ao contrário do art. 189 da Constituição Federal (que trata dos títulos concedidos em reforma agrária e exige o decurso de dez anos para a transferência), não há prazo para a alienação do imóvel.

Nos termos do art. 189 da Constituição Federal, analisado conjuntamente com o art. 5.°, tópico propriedade, os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis a qualquer título por dez anos.

1.3. Outras Formas de Usucapião

Além das hipóteses constitucionais acima relacionadas, temos o usucapião extraordinário e o usucapião ordinário, previstos nos arts. 550 e 551 do Código Civil.

Para o usucapião extraordinário exige-se que o requerente comprove possuir um imóvel como seu por 20 anos, sem interrupção ou oposição. Tal espécie de usucapião não exige justo título e a boa-fé é presumida.

O usucapião ordinário se consuma no espaço de dez anos, entre pessoas moradoras do mesmo município (*presentes*), e de 15 anos, entre pessoas que habitam municípios diversos (*ausentes*). São requisitos a prova de posse mansa e pacífica, acompanhada de justo título e boa-fé.

O art. 552 do Código Civil admite que o interessado some à sua posse a do seu antecessor, desde que ambas as posses sejam contínuas e pacíficas. A regra não se aplica ao usucapião constitucional rural, mas sim ao usucapião constitucional urbano (art. 10 da Lei n. 10.257/2001).

Os arts. 618 e 619 do Código Civil tratam do usucapião de bem móvel, prevendo o prazo aquisitivo de três anos (havendo justo título e boa-fé) ou de cinco anos (independentemente de título e boa-fé se a posse se prolongar por cinco anos). De acordo com o valor da causa, essa ação pode ter rito ordinário ou sumário.

Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância, assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade (art. 497 do CC). Assim, costuma-se afirmar que a posse precária (do comodatário, do locatário, do depositário) não convalesce nunca, sob pena de admitir-se a aquisição de um direito com base na quebra da confiança ou no descumprimento de um contrato.

A Súmula n. 237 do Supremo Tribunal Federal dita que "o usucapião pode ser argüido em defesa". O art. 7.º da Lei n. 6.969/81, por sua vez, expressa que "a *(sic)* usucapião especial poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconheceu como título para transcrição no Registro de Imóveis".

1.4. A Desapropriação-sanção do Imóvel Urbano (Pagamento em Títulos e Não em Dinheiro) e a Progressividade do IPTU

O art. 182 da Constituição Federal, ao abordar a política urbana, traz em seu § 2.º que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor.

Além da lei orgânica, obrigatória para todos os Municípios, o plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, é obrigatório para as cidades com mais de 20.000 habitantes e serve de instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

O § 4.º do mesmo artigo explicita as medidas sancionatórias que, sucessivamente, poderão ser tomadas contra o proprietário para que o solo urbano não-edificado, subutilizado ou não-utilizado tenha adequado aproveitamento. A exigência, porém, só pode ser feita mediante lei específica para área incluída no plano diretor, observadas as regras gerais da lei federal pertinente ao desenvolvimento urbano (Lei n. 10.257, de 10.7.2001).

Observada a ordem crescente da sanção, o Poder Público municipal pode impor ao proprietário do solo urbano não-edificado, subutilizado ou não-utilizado:

I – parcelamento ou edificação compulsórios;

II – imposto sobre a propriedade predial e territorial progressivo no tempo (até o limite de 15%);

III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

É a chamada "desapropriação-sanção", desapropriação anti-especulativa, que comporta a substituição da indenização em dinheiro por indenização em títulos da dívida pública e que somente pode ser aplicada após decorridos

cinco anos da cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização do imóvel.

Antes da Emenda Constitucional n. 29, de 13.9.2000, prevalecia que as únicas hipóteses de progressividade permitidas em relação aos impostos sobre a propriedade eram aquelas previstas nos arts. 182, § 4.º, inc. II (IPTU progressivo no tempo em relação ao proprietário do solo urbano não-edificado, subutilizado ou não- utilizado, que exige observância do plano diretor do respectivo Município quanto ao conceito da função social da propriedade), e 153, § 4.º (Imposto Territorial Rural (ITR) mais elevado para as propriedades improdutivas), ambos da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários n. 153.771-MG e n. 204.827-SP (anteriores à EC n. 29), enfatizou que a única progressividade admitida pela Carta Federal, em tema de IPTU, é aquela de caráter extrafiscal, vocacionada a garantir a função social da propriedade urbana, desde que observados os requisitos fixados pelo art. 156, § 1.º, e, também, pelo art. 182, § 4.º, inc. II, ambos da Constituição da República (cf. decisão do Ministro Celso de Mello, de 21.1.1997, que deu efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto contra a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, a seguir transcrita).

No Tribunal de Justiça de São Paulo prevalecia a tese de que a lei municipal, independentemente do plano diretor, com base no art. 145, § 1.º, da Constituição Federal (que traduz o Princípio da Capacidade Contributiva), pode estabelecer outras hipóteses de progressividade. Ou seja: quanto maior for a capacidade contributiva do contribuinte, maior poderá ser a alíquota do imposto por ele pago (espécie de progressividade), independentemente de tal fato estar previsto no plano diretor do Município onde se localiza o imóvel.

Segundo Acórdão proferido em 7.6.1995, pelo pleno do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 14.927-0/9:

"IPTU – Progressividade de alíquotas, graduadas de acordo com o valor dos imóveis – Distinção entre imóveis destinados exclusivamente à residência e demais casos – Constitucionalidade de um e de outro critério – Ação Direta de Inconstitucionalidade improcedente.

Não viola a Constituição; antes, a ela dá cumprimento a progressividade de alíquotas do IPTU, graduada conforme o valor dos imóveis.

A distinção entre imóveis destinados exclusivamente à residência e demais casos não viola o princípio da isonomia tributária" (essa decisão do TJSP, conforme informamos anteriormente, está suspensa pelo STF).

A Emenda Constitucional n. 29/2000 autoriza o IPTU progressivo em razão do valor do imóvel e das alíquotas diferenciadas, de acordo com a localização e o uso do imóvel.

DIREITO CONSTITUCIONAL

Da Ordem Econômica e Financeira

1. PROPRIEDADE

O inc. XXIII do art. 5.º da Constituição Federal dispõe que a propriedade atenderá à sua função social, demonstrando que o conceito constitucional de propriedade é mais amplo de que conceito definido pelo Direito privado. O Direito Civil trata das relações civis e individuais pertinentes à propriedade, a exemplo da faculdade de usar, gozar e dispor de bens em caráter pleno e exclusivo, direito esse oponível contra todos (arts. 524 e ss. do CC), enquanto a Constituição Federal sujeita a propriedade às limitações exigidas pelo bem comum – impõe à propriedade um interesse social que pode até mesmo não coincidir com o interesse do proprietário.

Entre os princípios da ordem econômica (art. 170 da CF) exsurge a garantia do direito à propriedade privada, observada sua função social e os ditames da justiça social.

2. REFORMA AGRÁRIA

A desapropriação, também chamada expropriação, é o procedimento por meio do qual o Estado toma para si, ou transfere para seus delegados ou

mesmo para particulares, bens particulares ou públicos, ainda que contra a vontade do proprietário.

Há de fundar-se na necessidade pública (quando o bem é indispensável, insubstituível para o exercício da atividade do Estado), na utilidade pública (quando o bem, ainda que não seja imprescindível ou insubstituível, é conveniente para o desempenho da atuação estatal) ou no interesse social (para conveniência da paz ou do progresso da sociedade, reforma agrária etc.).

Geralmente, a desapropriação por interesse social está disciplinada pela Lei n. 4.132/62 e segue o rito do Dec.-lei n. 3.365/41. A desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária está prevista na Lei Complementar n. 76/93 e na Lei n. 8.629/93 (que sofreu inúmeras alterações pela MP n. 1.997/33, de dezembro de 1999, posteriormente reeditada sob o n. 2.183/56).

Em ambas as hipóteses, o prazo para desapropriação é de dois anos, contados a partir da declaração de interesse público, sob pena de caducidade.

Conforme estabelece o art. 184 da Constituição Federal, compete à União (privativamente, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal[1]) – desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social (art. 186 da CF), mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária (o montante total das indenizações referentes à reforma agrária deve estar fixado no orçamento de cada ano), com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis em até 20 anos.

O § 1.º do art. 5.º da Lei n. 8.629/93, dispositivo que prevê a indenização em dinheiro para as benfeitorias úteis e necessárias, chegou a ser suspenso por liminar do Supremo Tribunal Federal (ADIn n. 1.178-1). A liminar foi cassada

[1] *RTJ* 106/936 e 109/360.

e não se conheceu da ação. Assim, ao menos por ora, o dispositivo resta íntegro.

O conceito de reforma agrária consta do art. 16 do Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/64), que assim dispõe:

"A Reforma Agrária visa a estabelecer um sistema de relações entre o homem, a propriedade rural e o uso da terra, capaz de promover a justiça social, o progresso e o bem-estar do trabalhador rural e o desenvolvimento econômico do País, com a gradual extinção do minifúndio e do latifúndio."

Latifúndio é a extensa propriedade improdutiva mantida por um ou por poucos proprietários em detrimento da coletividade.

A função social da propriedade rural é cumprida quando essa (conceituada no art. 4.º da Lei n. 8.629/93 como o prédio rústico que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agroindustrial) atende, simultaneamente, nos termos previstos em lei, aos seguintes requisitos (art. 186 da CF):

- aproveitamento racional e adequado;
- utilização correta dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Nos termos do art. 189 da Constituição Federal, os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis, pelo prazo de dez anos. (a qualquer meio, por 10 anos.)

Quem já tenha sido contemplado anteriormente com parcelas em programa de reforma agrária, em regra, não poderá ser novamente beneficiado com a distribuição de terras (art. 20 da Lei n. 8.629/93). Também não pode ser beneficiado aquele que exerce função pública, autárquica ou em órgão paraestatal, ou o que se ache investido de atribuição parafiscal.

Os títulos serão conferidos ao homem ou a mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil (art. 189, par. ún., da CF).

São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária (art. 185 da CF):

- a pequena (imóvel rural de área entre 1 e 4 módulos fiscais) e a média propriedade rural (imóvel rural de área superior a 4 e até 15 módulos fiscais), assim definida em lei (art. 4.º da Lei n. 8.629/93), desde que seu proprietário não possua outra;
- a propriedade produtiva.

Os dispositivos indicam que a propriedade rural é um bem de produção e não apenas um bem patrimonial.

Contudo, conforme ensina José Afonso da Silva, "o art. 185 da CF contém uma exceção à desapropriação especial prevista no art. 184, e não ao poder geral de desapropriação por interesse social do art. 5.º, XXIV. Quer

dizer: desde que se pague a indenização nos termos do art. 5.º, XXIV (justa e prévia, em dinheiro), qualquer imóvel rural pode ser desapropriado por interesse social para fins de reforma agrária e melhor distribuição da propriedade fundiária".

As terras rurais de domínio da União, dos Estados e dos Municípios são destinadas, preferencialmente, à execução de planos de reforma agrária (art. 13 da Lei n. 8.629/93).

A pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família e desde que seu proprietário não possua outra, além de estar protegida da desapropriação indenizada com títulos para fins de reforma agrária, também não pode ser objeto de penhora para pagamentos de débitos decorrentes de sua atividade produtiva (inc. XXVI do art. 5.º da CF), gozando de imunidade quanto ao Imposto Territorial Rural (ITR) (art. 153, § 4.º, da CF). Sabendo que o dispositivo restringiria o acesso dos pequenos proprietários rurais aos empréstimos bancários, o constituinte determinou que a lei disporia sobre os meios para financiar seu desenvolvimento.

O procedimento sumário para a desapropriação, previsto no art. 184, § 3.º, atualmente está estabelecido na Lei Complementar n. 76/93 (alterada pela LC n. 88/96), que impõe o duplo grau de jurisdição para a sentença que fixar o valor da indenização em quantia superior a 50% da oferta (art. 13).

A Lei n. 9.415, de 23.12.1996, deu nova redação ao inc. III do art. 82 do Código de Processo Civil, determinando que a intervenção do Ministério Público é obrigatória nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural. O art. 18 da Lei Complementar n. 76/93, em seu § 2.º, prevê a intervenção do Ministério Público Federal em todas as fases do processo de desapropriação para fins de reforma agrária, em primeira e segunda instâncias.

A contestação pode versar qualquer matéria de interesse da defesa e o prazo para sua apresentação é de 15 dias. Veda-se apenas a apreciação quanto ao interesse social declarado.

O art. 126 da Constituição Federal estabelece que o Tribunal de Justiça designará juízes de entrância especial, com competência exclusiva para questões agrárias, devendo o juiz estar presente no local do litígio, sempre que a medida se mostrar necessária à eficiente prestação jurisdicional. Há experiência nesse sentido sendo implantada no Estado do Pará. Em São Paulo não há designação específica.

2.1. A Colonização e as Terras Devolutas

Para alguns autores, a colonização distingue-se da reforma agrária porque ocorre sobre terras públicas (aqui incluídas as devolutas) e porque não depende de desapropriação.

Terras devolutas são aquelas que pertencem ao domínio público, mas que não se acham utilizadas pelo ente a que pertencem e nem destinadas a qualquer atividade administrativa, sendo por isso passíveis de transferência aos particulares (arts. 20, inc. II, e 26, inc. IV, da CF). Classificam-se entre os bens dominicais (art. 66, inc. III, do CC).

As terras devolutas que não estão especificadas no inc. II do art. 20 da Constituição Federal (as especificadas são da União) pertencem aos Estados nas quais se localizam, conforme estabelece o inc. IV do art. 26 da Constituição Federal. Pela “regularização” e pela “legitimação de posse” a terra devoluta pode ser transferida para um particular (art. 188 da CF; arts. 11 e 97 a 102 da Lei n. 4.504/64 e Lei n. 6.383/76, respectivamente). Ambas são

espécies de transferência do domínio do patrimônio público para o patrimônio particular.

As terras indígenas são inalienáveis e indisponíveis. Os direitos sobre elas são imprescritíveis (art. 231, § 4.º, da CF).

2.2. Confisco

O confisco, ao contrário da desapropriação, caracteriza-se pelo ato de tomada de um bem particular pelo Estado, sem qualquer indenização. O art. 243, par. ún., da Constituição Federal prevê o confisco (sob a denominação expropriação sem indenização) das glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, bem como de qualquer outro bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. As glebas devem ser utilizadas para o assentamento de colonos.

No mesmo sentido, o art. 34 da Lei n. 6.368/76 (Lei de Tóxicos).

O procedimento está disciplinado na Lei n. 8.257/91, que prevê o prazo de 120 dias para destinação das glebas aos colonos. Decorrido esse período, sem o cumprimento da norma, haverá incorporação ao patrimônio da União.

O art. 5.º da Constituição Federal, em seus incs. XLV e XLVI, “b”, autoriza que a lei (norma infraconstitucional) discipline a pena de perdimento dos bens. Assim, a Constituição Federal de 1988 recepcionou o disposto no art. 91, inc. II, do Código Penal, que prevê a perda dos instrumentos e do produto

do crime em favor do Estado, em decorrência da sentença condenatória. A perda é automática, ainda que a sentença a ela não faça referência.[2]

2.3. Requisição

O inc. XXV do art. 5.º da Constituição Federal, dispõe que, no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano. A hipótese é chamada *requisição* e, normalmente, não acarreta a transferência definitiva do bem requisitado para o patrimônio público.

A Constituição Federal de 1988 não enumera as hipóteses em que cabe a requisição. A doutrina, no entanto, esclarece que o iminente perigo público pode ser caracterizado por ações humanas (guerra, revolução etc.) ou por ações da natureza (inundações, epidemias etc.). A requisição pode atingir bens imóveis, móveis ou mesmo serviços. A Lei n. 6.439/77 disciplina diversas hipóteses de requisição.

2.4. Servidão Administrativa

A servidão administrativa é um ônus real que o Poder Público impõe sobre determinada propriedade particular para possibilitar a realização de obras ou serviços públicos.

A exemplo da desapropriação, a servidão administrativa é precedida de uma declaração. As servidões em geral devem ser inscritas no registro público competente.

[2] *RT* 594/347.

A indenização será devida caso seja demonstrado efetivo prejuízo, decorrente da servidão ou das obras decorrentes de sua implantação.

3. DIREITO DO CONSUMIDOR

O art. 5.º, inc. XXXIII, da Constituição Federal estabelece que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor, regra que também está consignada como um dos princípios da ordem econômica nacional (art. 170, inc. V, da CF).

A Lei n. 8.078/90, que dispõe sobre a matéria, define consumidor como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Equipara-se ao consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que participe das relações de consumo.

Fornecedor é a pessoa física ou jurídica que cria, fabrica, constrói, importa, exporta ou comercializa um produto ou serviço.

O art. 6.º da Lei n. 8.078/90 explicita alguns dos direitos garantidos aos consumidores, a exemplo da proteção da vida, da saúde e da segurança e do direito à informação clara e precisa sobre os produtos e serviços que são oferecidos.

Para dar eficácia aos direitos do consumidor, a lei prevê a facilitação da defesa de seus direitos, admitindo, inclusive, a inversão do ônus da prova em favor do consumidor hipossuficiente ou quando for verossímil (razoável) sua alegação (art. 6.º, inc. VIII, do Código do Consumidor).

O art. 28 autoriza o juiz desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, com a conseqüente invasão do patrimônio particular dos dirigentes das empresas, quando, de alguma forma, essa personalidade autônoma representar um obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo consumidor.

Os arts. 39, inc. VI, e 40 demonstram a obrigatoriedade de o fornecedor apresentar orçamento prévio.

Prevê o Código, em seus arts. 12 e 14, a responsabilidade objetiva (independente de culpa) do fabricante, do construtor, do produtor, do importador e do fornecedor pelos danos decorrentes de defeitos do produto ou do serviço. Caso nenhum deles esteja claramente identificado, pelo fato do produto e do serviço responderá o comerciante, que não poderá denunciar a lide, mas que terá assegurado o direito de regresso (arts. 13 e 88 da Lei n. 8.078/90). O comerciante também é responsável pela adequada conservação dos produtos perecíveis, hipótese em que os demais fornecedores poderão ser excluídos do processo (art. 12, inc. III, da Lei n. 8.078/90).

Responsabilidade objetiva é aquela que não depende da existência de culpa – basta haver nexo causal entre o dano e o fato do produto ou serviço, por ação ou omissão do fabricante, do produtor ou do fornecedor, para que se admita a responsabilidade desses pela reparação. O Código do Consumidor, porém, admite que o acusado prove que não colocou o produto no mercado, ou que a culpa é exclusiva da vítima ou de terceiro.

Exceção explícita à regra da responsabilidade objetiva esta prevista no § 4.º do art. 14 do Código do Consumidor, que, em relação aos serviços prestados pelos profissionais liberais, exige a demonstração da culpa, para a imputação da responsabilidade pessoal.

Os arts. 18 e 20 do Código do Consumidor não tratam do fato decorrente do produto ou do serviço defeituoso, da responsabilidade pelos desdobramentos dos defeitos. Tratam, sim, da responsabilidade pelo próprio produto ou serviço defeituoso, impondo a responsabilidade solidária de todos os fornecedores (do fabricante ao comerciante, nos termos do art. 3.º da Lei n. 8.078/90) pelos vícios de quantidade ou de qualidade que os tornem impróprios, inadequados ou lhes diminua o valor.

O fornecedor tem o direito de sanar o vício do produto em 30 dias, exceto se a extensão do problema comprometer a qualidade ou a destinação do produto, mesmo quando realizados os reparos. Ao consumidor garantem-se as alternativas previstas nos arts. 18 (§ 1.º) e 20 (incs. I, II e III) da Lei n. 8.078/90.

O art. 26 do Código do Consumidor estabelece o prazo de 30 dias para reclamações por vícios aparentes, em bens e serviços não-duráveis, e o prazo de 90 dias para reclamações quanto a bens e serviços duráveis. Conta-se o prazo da data da entrega do produto ou do término da execução dos serviços.

No caso de vício oculto, redibitório (arts. 1.101 a 1.106 do CC), o prazo tem início no momento em que ficar evidenciado o defeito (o art. 178, § 2.º, do C C traz regra diversa, contando o prazo da tradição da coisa, para os casos em que não se aplica o Código do Consumidor). A garantia contratual é complementar à legal.

A reclamação costuma ter por finalidade a devolução do produto com o ressarcimento do valor pago (ação redibitória) ou o abatimento do preço (ação *quanti minoris*).

A ação visando à reparação de danos decorrentes de fato do produto ou do serviço pode ser proposta no prazo de cinco anos, contados da data em que

se tem conhecimento do dano e de sua autoria (art. 27 do Código do Consumidor).

Nos casos de venda a contento (art. 1.144 do CC) ou de negócio sem contato direto do consumidor com o produto ou serviço (a exemplo das vendas realizadas por via postal ou telefônica), o Código do Consumidor fixa o prazo de sete dias para o consumidor manifestar sua desistência (arrependimento) e garante a devolução dos valores pagos a qualquer título (art. 49). O mesmo diploma legal considera amostra grátis o produto ou o serviço enviado ou prestado a uma pessoa, sem solicitação prévia.

DIREITO CONSTITUCIONAL

1. FINANÇAS PÚBLICAS

Finanças Públicas é matéria disciplinada nos artigos 165 a 169 da Constituição Federal.

Orçamento é um programa de receitas e despesas que explicita a política econômica-financeira e o programa de trabalho do governo, obedecidos os princípios de unidade, universalidade, anualidade, exclusividade e não-vinculação, entre outros. No âmbito infraconstitucional, a legislação básica sobre a matéria encontra-se na Lei n. 4.320/64 e na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/2000).

Pelo princípio da unidade, a lei orçamentária anual deve ser única, consolidando os diversos orçamentos setorizados.

Pelo princípio da universalidade, todas as despesas e receitas devem estar previstas no orçamento (§§ 1.º e 5.º do art. 165 da CF).

Pelo princípio da anualidade, a lei orçamentária deve conter um programa de receitas e despesas para o exercício financeiro subseqüente. O exercício financeiro coincide com o ano civil (1.º de janeiro a 31 de dezembro), conforme estabelece o art. 34 da Lei n. 4.320/64.

Pelo princípio da exclusividade, a lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão de receitas e despesas. Não se inclui na

proibição a autorização para a abertura de créditos suplementares e para a contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receitas, nos termos da lei.

A Constituição Federal também prevê o plano plurianual. Ao contrário da lei orçamentária, que prevê receitas e despesas para o exercício subseqüente, a lei que instituir o plano plurianual deve estabelecer as diretrizes, os objetivos e as metas da Administração Pública tanto para as despesas de capital e outras delas decorrentes como para as despesas relativas aos programas de duração continuada.

Pelo princípio da não-afetação, também denominado princípio da não-vinculação (art. 167, inc. IV, da CF), em regra é vedada a vinculação de impostos a órgão, fundo ou despesa.

Imposto, conforme consta do art. 16 do Código Tributário Nacional, é o "tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica". Por isso, costuma-se afirmar que o imposto é uma exação (exigência) não-vinculada, uma exigência cujo fato gerador não se liga a uma atividade estatal específica, relativa ao contribuinte ou por ele provocada, ou seja, a exação independe de contraprestação específica.

O inciso IV do art. 167 da Constituição Federal, porém, estabelece exceções quanto à repartição das receitas tributárias (arts. 158 e 159 da CF) e admite vinculação de parte das receitas com impostos a investimentos nas áreas de saúde (art. 198, § 2.º, da CF e art. 77 do ADCT), ensino (art. 212 da CF), fundo de combate à pobreza (art. 80 do ADCT) e prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita (arts. 165, § 8.º, e 167, § 4.º, ambos da CF).

De acordo com o art. 169 da Constituição Federal, as despesas com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder aos limites previstos em lei complementar, sendo que, atualmente, a matéria está disciplinada no art. 20 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/2000).

A iniciativa do projeto de lei orçamentária é do chefe do Poder Executivo. O Poder Judiciário e o Ministério Público encaminham suas propostas orçamentárias para o Poder Legislativo, juntamente com a proposta do Poder Executivo (arts. 66, § 1.º, inc. II, "b"; 99, § 1.º; 127, § 3.º, e 165, todos da CF).

A sessão legislativa não é interrompida enquanto não for aprovado o Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 57, § 2.º, da CF). Se não receber a proposta orçamentária no prazo fixado nas constituições (Federal ou estaduais) ou nas leis orgânicas dos Municípios, o Poder Legislativo considerará como proposta a lei orçamentária vigente (art. 32 da Lei n. 4.320/64).

1.1. Dos Precatórios

É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária aos pagamentos de seus débitos, constantes de precatórios judiciários, apresentados até 1.º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando, então, terão seus valores atualizados monetariamente. Antes da Emenda Constitucional n. 30/2000, a atualização era feita em 1.º de julho do exercício anterior ao do efetivo pagamento.

Os pagamentos devidos pelas Fazendas Federal, Estadual e Municipal (e suas respectivas autarquias e fundações públicas – pessoas jurídicas de direito público), em virtude de sentença judicial transitada em julgado (exclui os casos de acordos, que poderão não se sujeitar a precatórios desde que presente o interesse público e observada a moralidade administrativa), far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e da conta dos créditos respectivos.

O precatório, conforme explicita a Constituição Federal, é decorrente de sentença judicial, executada na forma do art. 730 do Código de Processo Civil. Em outras palavras, significa que a pessoa jurídica de direito público (entes políticos, autarquias e fundações públicas) é citada para opor embargos, e não para pagar.

Decorrido o prazo sem a apresentação dos embargos, ou no caso de os embargos opostos serem julgados improcedentes, o juiz da causa expede o chamado ofício requisitório ao presidente do seu respectivo tribunal – órgão competente para a expedição do precatório.

A execução contra as empresa públicas e as sociedades de economia mista (pessoas jurídicas de direito privado), em regra, faz-se na forma processual comum, inclusive com a penhora de bens, quando necessária a medida.

Observo, porém, que recente decisão do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 220.906-DF[1], estabeleceu distinções entre as paraestatais que exercem ou não atividades típicas do Estado (primeira parte do art. 173 da CF). Com isso, reconheceu a impenhorabilidade dos bens da

[1] *Informativo STF* 213, de 8.12.2000.

Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública federal, determinando que a execução seguisse mediante precatório (art. 100 da CF).

Exceção expressa à ordem dos precatórios são os créditos de natureza alimentícia (os dessa natureza compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil), que têm preferência sobre os demais e entram em lista cronológica própria (não dispensam os precatórios, mas esses terão uma ordem própria e mais célere, elaborada em separado, nos termos do parágrafo único do art. 4.º da Lei n. 8.197/91).

Até a Emenda Constitucional n. 30/2000, promulgada em 13.9.2000, não estava explicitada a necessidade do trânsito em julgado da sentença, para a formalização do precatório. Hoje a exigência está expressa.

O juiz ou tribunal que proferiu a decisão exeqüenda encaminhará os cálculos ao presidente do tribunal competente (na Justiça Estadual de São Paulo é o Tribunal de Justiça), o qual providenciará a requisição (instrumentalizada pelo precatório devidamente numerado) do pagamento ao ente devedor.

Exemplo: os precatórios apresentados até 1.º.7. 2001 devem ser pagos até o final de 2002, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente.

Os pagamentos serão determinados pelo presidente do tribunal responsável pelo precatório, segundo as possibilidades do depósito. O

presidente do tribunal que, por ato omissivo ou comissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular do precatório, responderá por crime de responsabilidade.

As obrigações definidas em lei como de *pequeno valor* – e que devem ser cumpridas pelas pessoas jurídicas de direito público em decorrência de sentença transitada em julgado – não estão sujeitas aos precatórios.

O cumprimento do acordo ou sentença dos Juizados Federais (valores de até 60 salários mínimos, nos termos da Lei n. 10.259/2001, em vigor a partir de janeiro de 2002), após o trânsito em julgado da decisão (que não está sujeita ao reexame obrigatório), será efetuado em 60 dias, contados da requisição, por ordem do juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil. Caso a autoridade não cumpra a requisição do juiz e não torne efetivamente disponível o numerário, o próprio juiz da causa determinará o seqüestro do valor suficiente ao cumprimento da obrigação.

Se o valor da execução ultrapassar 60 salários mínimos, o credor pode renunciar à diferença, a fim de que seja dispensado o precatório. Veda-se o fracionamento (recebimento de até 60 salários mínimos pela forma estabelecida na Lei n. 10.259/2001 e do restante mediante precatório).

A Lei dos Juizados Federais, ao dispensar os precatórios, basicamente repete a redação do art. 128 da Lei n. 8.213/2001 (com as alterações da Lei n. 10.099/2000), que estabelece a dispensa do precatório em casos de débitos previdenciários de pequeno valor (exigidos fora dos Juizados Federais).

1.2. O Pagamento Parcelado

De acordo com o art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, os precatórios pendentes de pagamento na data da promulgação da Emenda Constitucional n. 30/2000 (13.9.2000) e os que decorram de ações ajuizadas até 31.12.1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescidos de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos. O credor pode ceder seu crédito.

O prazo de parcelamento fica reduzido, de dez para dois anos, nos casos de precatórios originários de desapropriação de imóvel residencial do credor, desde que comprovadamente único à época da imissão na posse.

Os créditos que não estão sujeitos ao parcelamento são: os de natureza alimentícia, os definidos em lei como de pequeno valor, os que já tiveram seus recursos liberados (fase que antecede ao depósito judicial), os já depositados em Juízo, os que já foram anteriormente submetidos a parcelamento (art. 33 dos ADCT) e os decorrentes de ações ajuizadas a partir de 1.º.1. 2000.

As prestações anuais (decorrentes do parcelamento) que não forem liquidadas até o final do exercício a que se referem poderão ter, a critério do credor ou de seu cessionário, poder liberatório dos tributos da entidade devedora.

1.3. Do Seqüestro de Rendas

Caso algum credor seja preterido em seu direito de precedência (por isso a ordem cronológica e a numeração dos requisitórios), poderá requerer ao presidente do tribunal o seqüestro de quantia necessária ao pagamento do

débito. Antes de ordenar ou não o seqüestro, o presidente do tribunal colhe a manifestação do chefe do Ministério Público.

De acordo com o § 4.º do art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o credor sujeito ao parcelamento do seu crédito poderá requerer ao presidente do tribunal competente o seqüestro dos recursos financeiros da entidade executada, suficientes ao pagamento da prestação não satisfeita (e não do total devido), nas seguintes hipóteses:

- se houver omissão da parcela no orçamento: conforme ressaltamos anteriormente, é obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária aos pagamentos de seus débitos constantes de precatórios judiciários, apresentados até 1.º de julho;
- se vencido o prazo anual, a parcela não for integralmente paga;
- se verificada a preterição do direito de precedência do credor, de acordo com a ordem cronológica do precatório: essa hipótese de seqüestro, conforme antes anotado, também se aplica em favor de credores que não estão sujeitos ao parcelamento e que forem preteridos no direito de precedência cronológica de seus créditos.

1.4. Intervenção Federal pelo Não-Cumprimento dos Precatórios

Inicialmente, cabe relembrar que a intervenção federal é uma das limitações circunstanciais ao poder de emenda, nos termos do § 1.º do art. 60 da Constituição Federal.

O seqüestro, conforme vimos, em regra tem lugar quando há quebra da ordem cronológica no pagamento de um precatório.

No caso de atraso ou suspensão no pagamento de precatório (observando-se a possibilidade de parcelamento criada pela Emenda Constitucional n. 30/2000), estaremos diante do descumprimento de uma ordem judicial, e a solução constitucional para o caso é a intervenção da União no Distrito Federal e no Estado-membro, ou desse no Município (arts. 34, inc. VI, e 35, inc. I, ambos da CF). Conforme analisado, o atraso no pagamento de dívida decorrente de parcelamento (EC n. 30/2000) para a satisfação de precatório passou a autorizar o seqüestro, segundo entendo, sem a exclusão da possibilidade de pedido de intervenção federal.

Nos casos de desobediência de ordem ou decisão judicial, a intervenção federal no Estado-membro ou no Distrito Federal dependerá de requisição (não se trata de simples solicitação e, por isso, o Presidente da República estará vinculado à determinação) do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral (art. 36, inc. II, da CF).

O decreto de intervenção no Distrito Federal ou em um Estado-membro é expedido pelo Presidente da República (art. 84, inc. X, da CF), depois de ouvido o Conselho da República (art. 90, inc. I, da CF), e, nessa hipótese de requisição (art. 34, inc. VI, da CF), há polêmica sobre a incidência do controle político pelo Congresso Nacional.

DIREITO CONSTITUCIONAL

1. O DIREITO SOCIAL E A ORDEM SOCIAL

Os direitos sociais, genericamente referidos no artigo 6.º da Constituição Federal, estão presentes em toda a Constituição , em especial em seus artigos 7.º e 193 a 230.

Direitos sociais são direitos coletivos e não direitos individuais, embora algumas vezes possam ocupar as duas posições. Por isso, em regra, são passíveis de modificação por emenda constitucional (apenas os direitos e garantias individuais estão previstos como cláusula pétrea).

Nos termos do artigo 6.º da Constituição Federal, são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia (Emenda Constitucional n. 26/2000), o lazer, a segurança, a previdência, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

2. DIREITOS DOS TRABALHADORES

O artigo 7.º da Constituição Federal especifica parte dos direitos garantidos aos trabalhadores urbanos e rurais.

A expressão "trabalhadores" engloba tanto aqueles que exercem trabalho com vínculo de subordinação, devidamente registrados, como também se aplica àqueles que exercem trabalho sem qualquer vínculo empregatício.

Temos como assuntos mais relevantes:

- A proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa (lei complementar disciplinará a indenização *compensatória*, entre outros direitos). No entanto, até que venha a lei complementar, a indenização deve observar o disposto no artigo 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que prevê acréscimo de 40% sobre o FGTS como indenização.

- Quanto à Convenção 158/82 da Organização Internacional do Trabalho (que, entre outros dispositivos, proíbe a despedida do empregado sem justa causa), aprovada em 1992 por meio do Decreto Legislativo n. 68, prevaleceu a tese no sentido de que ela não produz seus efeitos porque a matéria exige lei de natureza complementar.

- A previsão do seguro em caso de desemprego involuntário (Lei n. 7.998/90). O custeio do programa está previsto no artigo 239 da Constituição Federal.

- Admite-se o salário *in natura* (alimentação, habitação etc.), nos percentuais previstos em lei, mas pelo menos 30% do salário mínimo deve ser pago em dinheiro (artigo 82 da CLT).

- Irredutibilidade de salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo.

O acordo coletivo é firmado entre a empresa e o sindicato dos empregados. A convenção coletiva, por sua vez, é firmada entre o sindicato dos empregados e o sindicato patronal.

As deliberações vinculam todos os trabalhadores da categoria ou da empresa, sindicalizados ou não.

- Décimo terceiro salário com base na remuneração integral, ou no valor da aposentadoria.
- Remuneração do trabalho noturno maior que a do trabalho diurno. Trabalho noturno, para os trabalhadores urbanos, vai das 22:00 às 5:00 horas. Para os trabalhadores da lavoura o trabalho noturno abrange o período das 21:00 às 5:00 horas e para os trabalhadores da pecuária, das 20:00 às 4:00 horas (Lei n. 5.889/73).
- Participação nos lucros ou resultados, desvinculada da remuneração.
- Jornada de 8 horas diárias e 44 horas semanais, permitida a compensação de horários e a redução da jornada mediante acordo ou convenção coletiva. Admite-se também a jornada de 6 horas ininterruptas.
- Horas extras remuneradas, no mínimo, em 50% acima das horas normais.
- Férias anuais remuneradas e acrescidas de 1/3, e repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos.
- Licença-gestante de 120 dias e licença-paternidade (normalmente é de cinco dias).

- Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e de, no mínimo, 30 dias.

- Adicional de insalubridade e de periculosidade.

- Aposentadoria (artigo 202 da Constituição Federal).

- Proteção em face da automação, na forma da lei.

- Seguro contra acidente de trabalho, sem exclusão da indenização decorrente de dolo ou culpa. Assim:

  - Subsiste, portanto, a Súmula n. 229 do Supremo Tribunal Federal, que admite a cumulação da reparação do dano por infortúnio laboral (acidente do trabalho), a cargo da Previdência Social, com a indenização baseada no dolo ou na culpa grave do empregador (direito comum). A indenização é cumulativa e não complementar.

  - De acordo com a Constituição Federal de 1988, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que também a culpa leve dá direito à indenização pelo direito comum (*RSTJ* 26/514 e 53/135). A competência é da Justiça Estadual (Súmula n. 15 do STJ).

- Ação por crédito trabalhista, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a rescisão do contrato de trabalho (redação do inciso XXIX do artigo 7.º da Constituição Federal, em acordo com a Emenda Constitucional n. 28/2000).

Em ambos os casos, portanto, o prazo para a propositura da ação é de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, podendo os trabalhadores

reclamar apenas os direitos relativos aos cinco anos anteriores à propositura da ação.

O artigo 233 da Constituição Federal, que também tratava do tema, foi revogado pela Emenda Constitucional n. 28/2000.

Contra o menor de 18 anos não corre a prescrição.

- Proibição de distinção de salários ou de discriminação quanto à admissão em razão de sexo, idade, cor ou estado civil. A Lei n. 9.029/95 proíbe a exigência de teste de gravidez ou prova de esterilização para fins de admissão.

- Proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 anos.

- Proibição de qualquer trabalho ao menor de 16 anos, exceto na condição de aprendiz a partir dos 14 anos (redação da Emenda Constitucional n. 20). O artigo 403 da Consolidação das Leis do Trabalho já vedava qualquer trabalho para o menor de 12 anos. Nesse sentido:

  - Dos 14 aos 16 anos o menor pode realizar trabalhos leves, na condição de aprendiz, desde que seja garantida sua freqüência à escola. Garante-se a chamada bolsa de aprendizagem de, pelo menos, 1/2 salário mínimo.

  - Ao aprendiz entre 14 e 18 anos são assegurados os direitos trabalhistas, previdenciários e salário não inferior a 1/2 salário mínimo (artigo 80 da CLT). Ao adolescente entre 16 e 18 anos que não trabalha como aprendiz é garantido o salário mínimo integral.

- Considera-se aprendizagem a formação técnico-profissional, ministrada segundo as diretrizes e bases da legislação de educação em vigor.

- A matéria está disciplinada na Consolidação das Leis doTrabalho e nos artigos 60 a 69 da Lei n. 8.069/90.

- Aos trabalhadores domésticos assegura-se apenas parte dos direitos conferidos aos demais trabalhadores.

- Salário mínimo, nacionalmente unificado e capaz de atender às necessidades vitais e básicas dos trabalhadores.

2.1. Liberdade Sindical

De acordo com o artigo 8.º da Constituição Federal, é livre a associação profissional ou sindical. Assim como as associações, os sindicatos não necessitam de autorização do Estado para a sua fundação, embora seja exigível o registro dos estatutos no órgão competente. A matéria também está disciplinada pelos artigos 511 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho.

Os aposentados filiados podem votar e ser votados nas organizações sindicais.

Por um lado, o Estado não pode intervir ou interferir na organização sindical. Por outro lado, ninguém pode ser obrigado a se filiar ou a se manter filiado a sindicato.

Aos militares são proibidas a sindicalização e a greve (artigo 142, inciso IV, da Constituição Federal).

O servidor público civil tem direito à sindicalização (artigo 37, inciso IV, da Constituição Federal) e à greve. A greve pode ser exercida nos termos e nos limites da lei complementar pertinente à matéria.

No inciso II do artigo 8.º da Constituição Federal, o legislador consagrou a unicidade sindical, ou seja, na mesma base territorial (que no mínimo é a área de um Município) só se admite um único sindicato por categoria profissional.

Ao sindicato cabe a defesa dos interesses coletivos ou individuais da categoria.

A contribuição confederativa, que em regra corresponde a um dia de trabalho por ano, não tem natureza tributária e somente pode ser exigida dos confederados. A contribuição sindical prevista no artigo 149 da Constituição Federal tem natureza tributária e é compulsória, podendo ser exigida inclusive dos que não são sindicalizados.

Nas negociações coletivas de trabalho, é obrigatória a presença dos sindicatos.

O inciso VIII do artigo 8.º da Constituição Federal confere uma espécie de estabilidade provisória aos sindicalistas, vedando a sua dispensa (exceto em caso de falta grave) a partir do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o término do mandato.

Também desfrutam da estabilidade provisória as gestantes e os diretores da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, nos termos do inciso II do artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

2.2. Direito de Greve

O artigo 9.º da Constituição Federal assegura o direito de greve e garante a soberania da decisão dos trabalhadores sobre a oportunidade e os interesses que a manifestação visa proteger.

Trata-se, como definem inúmeros doutrinadores, de uma abstenção coletiva que é antecedida de uma deliberação tirada da assembléia sindical.

Os parágrafos 1.º e 2.º, no entanto, demonstram que o direito de greve não é absoluto e que as necessidades inadiáveis da coletividade devem ser respeitadas.

A Lei n. 7.783/89, que disciplina a greve, traz como atividades essenciais, entre outras, o tratamento e o abastecimento de água, a assistência médica e hospitalar e a compensação bancária.

O artigo 10 da Constituição Federal assegura a participação de trabalhadores e empregadores nos colegiados de órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

O artigo 11 da Constituição Federal prevê que, nas empresas com mais de 200 empregados, é assegurada a eleição de um representante desses com a finalidade de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores. Não se garante a estabilidade a esse ‘delegado’.

3. DA ORDEM SOCIAL

A ordem social tem como base a prioridade do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

A seguridade social visa garantir, com o trabalho conjunto dos poderes públicos e da sociedade, os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Portanto, previdência social é espécie do gênero seguridade social.

3.1. Princípios que Regem a Seguridade Social (parágrafo único do artigo 194 da Constituição Federal)

Os princípios que regem a Seguridade Social, constantes do parágrafo único do artigo 194 da Constituição Federal são os seguintes:

I – Universalidade de cobertura e de atendimento. Significa que todas as pessoas têm direito de acesso à saúde, à previdência e à assistência social.

II – Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, ou seja, é vedada qualquer discriminação entre urbanos e rurais.

III – Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, regra que permite ao administrador público priorizar determinados atendimentos e distribuir os benefícios e os serviços de forma a promover os mais necessitados.

IV – Irredutibilidade do valor dos benefícios, regra que é complementada pelos §§ 2.º e 4.º do artigo 201 da Constituição Federal, que dão garantias de que nenhum benefício será inferior ao salário mínimo, preservado o poder aquisitivo, nos termos da lei.

V – Eqüidade na forma de participação no custeio. Eqüidade é a realização da justiça no caso concreto e na hipótese que autoriza um tratamento desigual aos desiguais (quem pode mais paga mais). A matéria está disciplinada no artigo 195 da Constituição Federal.

VI – Diversidade da base de financiamento. A fim de se dar segurança ao sistema, o *caput* e o § 4.º do artigo 195 da Constituição Federal estabelecem fontes diversas para o custeio.

Sobre o tema também merece destaque a regra, contida no § 3.º do artigo 195 da Constituição Federal, pela qual a pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade social, como estabelecido em lei (norma de eficácia limitada), não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber incentivos fiscais ou creditícios.

VII – Caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial dos trabalhadores, empresários e aposentados.

3.2. Da Saúde

O artigo 196 da Constituição Federal ratifica o disposto no inciso I do artigo 194 (princípio da universalidade), estabelecendo que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

O artigo 197 da Constituição Federal dispõe que as ações e os serviços de saúde podem ser executados diretamente pelo Poder Público ou por meio de terceiros (inclusive pessoa física ou jurídica de direito privado). No entanto, diante da relevância pública de tais ações e serviços, sempre cabe ao Poder Público, nos termos da lei, dispor sobre a regulamentação, a fiscalização e o controle das atividades.

O artigo 198 da Constituição Federal prevê o chamado Sistema Único de Saúde (SUS), cuja manutenção é feita com os recursos da seguridade social e outras não especificadas. Celso Bastos leciona que o SUS "consiste numa integração das ações e serviços públicos de saúde, tendo por diretrizes o princípio da descentralização, no nível de cada esfera de governo, o atendimento integral e a participação da comunidade".

Segundo o artigo 199 da Constituição Federal é livre à iniciativa privada a atuação na área de assistência à saúde, podendo inclusive atuar, de forma complementar, no Sistema Único de Saúde, via convênio ou contrato público (com preferência para as entidades filantrópicas e para as sem fins lucrativos). O convênio se caracteriza como um sistema de cooperação que, ao contrário do contrato, admite que qualquer dos participantes se desvincule da empreitada sem qualquer sanção.

Veda-se, no entanto, a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções a instituições privadas (de saúde ou de previdência privada) com fins lucrativos, bem como a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

Atualmente, as regras gerais que regem os planos e seguros de saúde estão previstas na Lei n. 9.656/98.

O § 4.º do artigo 199 da Constituição Federal dita que a lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado qualquer tipo de comercialização.

Segundo Walter Ceneviva, a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas restringe-se "a finalidades de transplante, pesquisa e tratamento".

O artigo 200 da Constituição Federal especifica algumas das atribuições do SUS.

A Emenda Constitucional n. 29, de 14.9.2000, que entre outras regras estabelece que os Municípios terão de ampliar os recursos destinados às ações e serviços públicos de saúde, alterou a redação do § 4.º do artigo 156 da Constituição Federal, a fim de – sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o artigo 182, § 4.º, inciso II, da Constituição Federal – autorizar o IPTU progressivo em razão do valor do imóvel e, ainda, alíquotas diferenciadas de acordo com a localização e o uso do imóvel.

3.3. Da Previdência Social

A própria Constituição Federal restringe a participação na Previdência Social aos seus contribuintes, aos segurados e seus dependentes. Admite, porém, que qualquer pessoa participe dos benefícios, mediante contribuição na forma dos planos previdenciários.

As coberturas proporcionadas pela Previdência Social estão relacionadas no artigo 201 da Constituição Federal, sendo hoje as mais freqüentes as seguintes:

I – A pensão por morte (artigo 74 da Lei n. 8.213/91), devida ao conjunto dos dependentes do segurado (aposentado ou não) que falecer.

Havendo mais de um pensionista, a pensão por morte será rateada entre todos, em partes iguais. Cessando o direito de algum dos dependentes, sua parte reverterá em favor dos demais.

O filho, irmão ou dependente designado do segurado morto perde sua parte na pensão quando completa 21 anos, independentemente de qual seja seu sexo, salvo se for inválido.

II – O salário-maternidade (artigos 71 a 73 da Lei n. 8.213/91) é devido à segurada empregada, à trabalhadora avulsa e à empregada doméstica, durante 28 dias antes e 92 dias depois do parto.

O valor do salário-maternidade para a empregada ou trabalhadora avulsa consiste em uma renda mensal igual à sua remuneração mensal e será pago pela empresa, efetivando-se a compensação, quando do recolhimento das contribuições, sobre a folha de salários.

O salário-maternidade da empregada doméstica é pago diretamente pela Previdência Social, em valor correspondente ao seu último salário de contribuição.

III – O seguro-desemprego, disciplinado na Lei n. 7.998/90, é analisado juntamente com o artigo 7.º da Constituição Federal.

3.4. Aposentadorias do Setor Privado e dos Professores

As regras gerais da aposentadoria estão previstas no artigo 202 da Constituição Federal, norma de eficácia limitada que foi regulamentada pela

Lei n. 8.213/91 e que sofreu diversas alterações pela Emenda Constitucional n. 20/98, merecendo alguns destaques.

A aposentadoria é assegurada quando observadas as seguintes condições:

I – Trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher.

II – Sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite de idade para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nesses incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. O prazo mínimo de carência está previsto no artigo 25 da Lei n. 8.213/91.

Os requisitos são independentes, ou seja, o primeiro trata da aposentadoria por tempo de contribuição e o segundo da aposentadoria por idade, não se exigindo cumulatividade de ambos para a concessão do benefício. O entendimento, porém, não é pacífico, sendo a regulamentação da matéria ainda feita pela Lei n. 8.213/91.

III – Após 30 anos de contribuição, ao professor, e, após 25 anos, à professora, por exclusivo e efetivo exercício na função do magistério na educação infantil e no ensino fundamental ou médio.

Os proventos (valores pagos a título de aposentadoria), que têm por base o salário de contribuição, são de no mínimo um salário mínimo nacional. O valor máximo (R$ 1.200,00 na data da publicação da emenda, reajustáveis para garantir o seu valor real), está previsto no artigo 14 da Emenda Constitucional n. 20/98.

Admite-se a adesão facultativa ao regime de previdência privada, de natureza complementar (artigo 202 da Constituição Federal).

As normas de transição, que entre outras regras autorizaram a contagem do tempo de serviço anterior à Emenda Constitucional n. 20 como tempo de contribuição, estão previstas nos artigos 4.º, 8.º e 9.º da Emenda Constitucional n. 20.

Os aposentados e pensionistas têm direito à gratificação natalina, que é paga com base no valor dos proventos de dezembro de cada ano.

Por fim, a Constituição Federal assegura a contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, rural e urbana.

3.4.1. Da aposentadoria dos servidores (artigo 40 da Constituição Federal)

Os servidores comissionados, os temporários e os empregados públicos estão sujeitos ao regime geral da Previdência Social, conforme prevê o § 13 do artigo 40 da Constituição Federal.

Trataremos aqui da aposentadoria do servidor vitalício e do servidor efetivo (aposentadoria *peculiar*, segundo definido na obra *Direito Administrativo*, de Hely Lopes Meirelles, p. 414), regida pela regra especial dos artigos 40, *caput*, 73, § 3.º (membros dos Tribunais de Contas), 93, inciso VI (membros da Magistratura), e 129, § 4.º (membros do Ministério Público).

A aposentadoria pode ocorrer de forma voluntária ou compulsória.

Para requerer a aposentadoria voluntária integral o servidor (homem) deve demonstrar ter contribuído por 35 anos (o tempo de serviço verificado até a Emenda Constitucional n. 20 é considerado como tempo de contribuição), contar com mais de 60 anos de idade e provar o efetivo exercício no serviço público por, no mínimo, 10 anos.

A servidora (mulher) deve comprovar 30 anos de contribuição, 55 anos de idade e efetivo exercício no serviço público por, no mínimo, 10 anos.

Para fazer jus à remuneração do cargo que ocupava por ocasião da aposentadoria, o servidor ou a servidora deverá demonstrar tê-lo exercido por, no mínimo, cinco anos. Caso contrário, receberá a remuneração do cargo anterior (se ocupado por dez anos) ou do cargo originário (se não completou dez anos em qualquer dos cargos).

Os requisitos de idade e tempo de contribuição são reduzidos, em cinco anos, para quem comprovar exclusivamente tempo de efetivo serviço no exercício das funções de magistério – na educação infantil, ensino fundamental ou médio.

A aposentadoria proporcional ao tempo de contribuição pode ser requerida pelo servidor homem que complete 65 anos de idade e pela servidora mulher que comprove 60 anos de idade.

As atividades exercidas sob condições especialmente penosas, assim definidas em lei complementar, admitem a aposentadoria com rigor temporal menor (artigo 40, § 4.º, da Constituição Federal).

A aposentadoria compulsória é efetivada aos 70 anos de idade e garante vencimentos proporcionais ao tempo de contribuição.

O servidor poderá ser aposentado por invalidez, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. A aposentadoria será efetivada com proventos integrais se a invalidez decorrer de acidente do trabalho, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei.

Nos termos do § 9.º do artigo 201 da Constituição Federal, para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, rural ou urbana.

À exceção dos cargos que admitiam cumulação na ativa (artigo 37, inciso XVI; artigo 95, parágrafo único, inciso I; e artigo 128, inciso II, "d", todos da Constituição Federal), é vedada a acumulação de aposentadorias. Ainda que admitida a cumulação de aposentadorias ou de pensões, seu limite máximo será o teto previsto no inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal.

O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido (§ 7.º do artigo 40 da Constituição Federal).

O inciso § 8.º do artigo 40 da Constituição Federal garante a revisão dos proventos na mesma data e no mesmo índice da remuneração dos servidores da ativa.

A aposentadoria está sujeita à reversão (cessação dos motivos da aposentadoria por invalidez, com o retorno do inativo ao serviço) e à cassação (assemelha-se à demissão).

O artigo 8.º da Emenda Constitucional n. 20/98 estabeleceu regras de transição para os que tinham cargo vitalício ou efetivo na data da sua publicação (e imediata vigência).

Nos termos do artigo 149, parágrafo único, da Constituição Federal, c. c. a Lei n. 9.717/98, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem manter sistema próprio de previdência e assistência social, desde que tenham mais de mil servidores estatutários e arrecadação superior às transferências que recebem da União. As contribuições para o custeio desse sistema será cobrada dos próprios servidores.

A contribuição da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios aos respectivos regimes próprios de Previdência Social dos servidores públicos e dos militares não poderá exceder, a qualquer título, o dobro da contribuição do segurado.

3.5. Da Assistência Social

A assistência social deve ser prestada a todos que dela necessitam, independentemente de contribuição para a Previdência Social. Os objetivos estão especificados no artigo 203 da Constituição Federal e demonstram que a assistência social visa atender aos desvalidos em geral (crianças, idosos e famílias carentes, desempregados, deficientes etc.).

Aos idosos e aos portadores de deficiências que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, garante-se um salário mínimo mensal.

A Assistência Social é financiada pelos recursos da seguridade social e de outras fontes. O critério é denominado solidariedade-financeira por José Afonso da Silva, já que os recursos procedem do orçamento geral da seguridade social e não de contribuições específicas de eventuais destinatários.

Quanto à erradicação da pobreza, observe-se a Emenda Constitucional n. 31, de 14.12.2000 que, acrescentando os artigos 79 a 83 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, criou o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulamentado por lei complementar.

3.6. Da Educação

Ao estabelecer que a educação é um direito de todos e um dever do Estado e da família (artigo 205 da Constituição Federal), garantindo a gratuidade do ensino público fundamental em estabelecimentos oficiais (com progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio) e a igualdade de acesso e permanência na escola (artigos 206 e 208 da Constituição Federal), o constituinte acolheu o princípio da universalidade do ensino.

Portanto, o acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito, é um direito público subjetivo e de eficácia plena (§ 1.º do artigo 208 da Constituição Federal). O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente e autoriza a propositura das medidas judiciais que garantam a oferta, sem prejuízo da destinação de bolsas de estudos patrocinadas pelo Estado, quando houver falta de vagas nos estabelecimentos de ensino oficial, fundamental e médio, na localidade de residência do educando (§ 1.º do artigo 213 da Constituição Federal).

A regra é a gratuidade do ensino público oferecido nos estabelecimentos oficiais. No entanto, algumas instituições oficiais criadas por leis estaduais ou municipais, antes da Constituição Federal de 1988, desde que não sejam total

ou preponderantemente mantidas pelo Poder Público, podem não ser gratuitas (artigo 242 da Constituição Federal).

Garante-se também a creche e a pré-escola para crianças até seis anos, o atendimento especializado para o deficiente e o ensino noturno.

A família, por sua vez, deve observar que o ensino fundamental é obrigatório e que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (artigo 229 da Constituição Federal). Hoje são comuns as denúncias, ofertadas pelo Ministério Público, com base no artigo 246 do Código Penal, ou seja, inúmeros pais ou responsáveis têm sido processados por crime de abandono intelectual.

Outros princípios básicos do ensino são a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar, divulgar o pensamento, a arte e o saber e o pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas (artigo 206 e seus incisos).

A universidade goza de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira, podendo inclusive contratar professores estrangeiros desde a Emenda Constitucional n. 11/96 (artigo 207 da Constituição Federal).

É garantida a coexistência do ensino público com o ensino privado, desde que a iniciativa privada cumpra as normas gerais da educação nacional. Ao Poder Público cumpre autorizar e avaliar o ensino prestado por instituições privadas.

O ensino religioso e a destinação de recursos públicos a escolas confessionais e comunitárias estão previstos no artigo 213 da Constituição Federal.

A União é obrigada a aplicar, anualmente, pelo menos 18% da sua receita de impostos na manutenção e no desenvolvimento do ensino. O

percentual obrigatório sobe para 25% no caso dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 212 da Constituição Federal).

A aplicação do mínimo exigido dos impostos estaduais é regra classificada entre os princípios constitucionais, cuja inobservância pode autorizar a intervenção federal no Estado.

3.6.1. Da cultura

A Constituição Federal garante a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, autorizando até mesmo que a lei estabeleça incentivos para a produção e para o conhecimento de bens e valores culturais.

A proteção do patrimônio cultural autoriza, entre outros meios, o tombamento e a desapropriação.

3.7. Do Desporto

A Constituição Federal também impõe ao Estado o dever de fomentar práticas desportivas formais (segundo regras pré-fixadas) e não-formais (prática de atividades livres), garantindo a autonomia das entidades desportivas quanto à organização e ao funcionamento.

Conforme o inciso XXXV do artigo 5.º, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Ao contrário da Constituição do Império e de outras que estabeleciam pré-requisitos para alguém ingressar em Juízo (segundo a Emenda

Constitucional n. 7, de 1977, dando nova redação ao artigo 153 da Constituição Federal de 1967, ditava que o "ingresso em Juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida a garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de 180 dias para a decisão sobre o pedido"; o Ato Institucional n. 5, de 1969, excluiu da apreciação do Poder Judiciário os atos praticados pelo comando do golpe militar de 1964 etc.), a Constituição Federal de 1988 estabelece a regra de que o direito de acesso à Justiça, visando a apreciação de lesão ou ameaça de lesão a direito, não depende de qualquer procedimento administrativo prévio e não pode ser excluído pela lei.

O Brasil, portanto, não adota o chamado contencioso administrativo puro, no qual um organismo administrativo desempenha funções jurisdicionais sem fazer parte do Poder Judiciário.

Os recursos administrativos hoje previstos, portanto, são opcionais e não obrigatórios. Foi abolida a instância administrativa de curso forçado.

Uma exceção, porém, está prevista no artigo 217, § 1.º, da Constituição Federal, que ainda prevê a jurisdição condicionada e cuja redação é a seguinte:

"O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da Justiça desportiva, regulada em lei."

O prazo máximo para a Justiça desportiva proferir sua decisão final é de 60 dias, contados da instauração do processo.

A Justiça desportiva não é um órgão do Poder Judiciário e está disciplinada, em especial, na Lei n. 9.615/98.

3.8. Da Ciência e Tecnologia

A Constituição Federal determina que o Estado dê prioridade à pesquisa científica, autorizando até condições especiais de trabalho aos pesquisadores e facultando, aos Estados-membros e ao Distrito Federal, a vinculação de parcela de suas receitas orçamentárias a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

3.9. Da Comunicação Social

Compete ao Poder Executivo Federal (artigos 21, inciso XII, “a”, e 223 da Constituição Federal) outorgar e renovar concessão, permissão ou autorização para o serviço de radiodifusão sonora (o prazo para as emissoras de rádio é de 10 anos) e de sons e imagens (o prazo para as emissoras de televisão é de 15 anos). O ato de outorga ou renovação, porém, somente produzirá efeito após a deliberação pelo Congresso Nacional (artigos 48, inciso XII, e artigo 223, § 3.º, observados os prazos previstos nos §§ 2.º e 4.º do artigo 64, todos da Constituição Federal).

A não-renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, 2/5 do Congresso Nacional, em votação nominal, desde que tal quórum corresponda à maioria dos votos colhidos. O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.

A propriedade de empresa jornalística, de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, aos quais caberá a responsabilidade por sua administração e orientação intelectual.

É vedada a participação de pessoa jurídica no capital social de empresa jornalística ou de radiodifusão, exceto a de partido político e de sociedades cujo capital pertença exclusiva e nominalmente a brasileiros. Ainda assim, a participação da pessoa jurídica se dá por meio de capital, sem direito a voto, não podendo exceder a 30% do capital social.

Há proposta de emenda constitucional alterando as regras pertinentes à participação de capital estrangeiro em empresas jornalísticas.

A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.Visando evitar a clandestinidade, a lei exige que os jornais, as demais publicações periódicas e as empresas de radiodifusão, entre outras, sejam matriculados no Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas (artigos 8.º a 11 da Lei n. 5.250/67).

Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio. Tal orientação permite a difusão das TVs comunitárias, a cabo etc.

3.10. Do Meio Ambiente

A Constituição Federal ampara as restrições impostas à propriedade para a proteção do meio ambiente, admitindo expressamente a criação de áreas de proteção ambiental, prevendo a educação ambiental em todos os níveis de ensino e autorizando a imposição de sanções penais e administrativas àqueles que lesarem o meio ambiente, sem prejuízo da obrigatoriedade quanto à reparação dos danos.

3.10.1. A questão do meio ambiente e o Ministério Público

Quanto ao meio ambiente, um dos bens destacadamente protegidos por intermédio da ação civil pública, merece atenção o fato de que a responsabilidade decorrente de danos contra ele verificados é objetiva, nos termos da Lei n. 7.802/89. Basta que o autor da ação civil pública demonstre o nexo de causalidade entre a conduta do réu e a lesão ao meio ambiente a ser protegido (artigo 14, § 1.º, da Lei n. 6.938/81) para que seja imputada a responsabilidade civil decorrente do dano. Conforme ensina Hely Lopes Meirelles[1]: "Se o fato argüido de lesivo ao meio ambiente foi praticado com licença, permissão ou autorização da autoridade competente, deverá o autor da ação – Ministério Público ou pessoa jurídica – provar a ilegalidade de sua expedição, uma vez que todo ato administrativo traz a presunção de legitimidade, só invalidável por prova em contrário".

Os crimes contra o meio ambiente estão disciplinados na Lei n. 9.605/98.

Entre as funções institucionais do Ministério Público está a de promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção ao meio ambiente. De acordo com o artigo 5.º, § 6.º, da Lei n. 7.347/85, os órgãos públicos legitimados (e o Ministério Público está entre eles) poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que têm eficácia de título executivo extrajudicial.

3.11. Dos Índios

Compete privativamente à União legislar sobre as populações indígenas, vigorando no presente a Lei n. 6.001/73 (Estatuto do Índio).

---

[1] *Direito de Construir.* 5.ª ed. São Paulo: RT, 1987. p. 188.

Nos termos do artigo 231 da Constituição Federal, garante-se aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, cabendo à União demarcá-las (procedimento disciplinado pelo Dec. n. 1.775/96).

Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em Juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo (artigo 232 da Constituição Federal). Também é atribuição institucional do Ministério Público defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas (artigo 129, inciso V, da Constituição Federal).

Compete à Justiça Federal processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas (inciso XI do artigo 109 da Constituição Federal), embora interesses individuais ou mesmo coletivos dos índios (que não envolvam propriamente os *direitos e interesses das populações indígenas*) possam ser defendidos por iniciativa do Ministério Público dos Estados, perante a Justiça Estadual.

Nos termos do § 5.º do artigo 231 da Constituição Federal, é vedada a remoção de grupos indígenas de suas terras, salvo *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após a deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

3.12. A Família, a Criança, o Adolescente e o Idoso

Em seu artigo 226, a Constituição Federal dispõe que a família é a base da sociedade e que por isso tem especial proteção do Estado.

O casamento civil, cuja celebração é gratuita, não é mais a única fonte da chamada entidade familiar, pois também se entende como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, bem como a união estável entre o homem e a mulher.

A respeito dos direitos dos companheiros e conviventes a alimentos e a sucessão, observar a Lei n. 8.971/94 e a Lei n. 9.278/96, comentadas juntamente com o direito de herança. A Lei n. 9.278/96 prevê que todas as matérias decorrentes da união estável entre homem e mulher serão discutidas junto às Varas de Família.

Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Como já foi visto ao estudarmos a igualdade, em qualquer das hipóteses (casamento ou união estável) os direitos e deveres da sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

O planejamento familiar é de livre decisão do casal, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições particulares ou privadas. Ao Estado, porém, cabe propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício do livre planejamento familiar.

Ainda dentro do tópico reservado à paternidade responsável, destaco que, nos casos de menor com apenas a maternidade estabelecida, a Lei n. 8.560/92 obriga o oficial responsável pelo registro de nascimento a indagar o nome e demais dados do suposto pai, encaminhando ao juiz as informações obtidas para que se busque o reconhecimento da paternidade.

O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, que admite as seguintes espécies:

- Conversão de separação judicial realizada há mais de um ano em divórcio. A separação judicial pode ser: consensual, desde que o casamento tenha mais de dois anos (artigo 4.º da Lei n. 6.515/77); litigiosa, independentemente do tempo do casamento, quando algum dos cônjuges imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum; e a separação-falência, quando comprovada a ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo e a impossibilidade de sua reconstituição.
- O divórcio admite a forma direta, que tem por base a separação de fato por mais de dois anos (artigos 26 e 40 da Lei n. 6.515/77), ou a forma de conversão da separação judicial existente há mais de um ano (artigo 25 da Lei n. 6.815/77).

O artigo 227 da Constituição Federal determina que a proteção integral à criança e ao adolescente goza de absoluta prioridade e é um dever da família, da sociedade e do Estado, que devem colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Proteção semelhante é estabelecida em favor dos idosos (artigo 230 da Constituição Federal).

A adoção por estrangeiros é admitida pela Constituição Federal de forma excepcional, nos termos da lei.

São penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sem prejuízo da responsabilização por atos infracionais. A Lei n. 8.069/90, no entanto, admite medidas socioeducativas que vão desde a advertência até a internação.

Os procedimentos pertinentes à apuração de atos infracionais devem observar os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Assim como os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Idoso, para os fins da Lei n. 8.842/94 (lei que cuida da política nacional do idoso), é a pessoa com mais de 60 anos de idade.

Aos maiores de 65 anos de idade é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos (artigo 230, § 2.º, da Constituição Federal).

A Lei n. 10.048/2000 dá prioridade de atendimento às pessoas portadoras de deficiência física, aos idosos com idade igual ou superior a *65 anos*, às gestantes etc.

DIREITO CONSTITUCIONAL

Os Princípios Constitucionais Tributários

1. INTRODUÇÃO

Os princípios constitucionais tributários específicos estão estabelecidos nos artigos 145 a 152 da Constituição Federal.

O artigo 145 explicita a possibilidade de criação pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios das três espécies de tributos reconhecidas pela doutrina clássica, ou seja, os impostos, as taxas e as contribuições de melhorias. Contudo, diante do exposto nos artigos 148 e 149 (inseridos no capítulo do Sistema Tributário Nacional), inúmeros autores sustentam que as contribuições sociais e os empréstimos compulsórios também são espécies do gênero tributo.

Os impostos foram atribuídos separadamente a cada um dos entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), conforme consta dos artigos 147 e 153/156 da Constituição Federal, embora parte da receita obtida com alguns impostos seja partilhada para atender ao princípio do federalismo cooperativo (artigo 157 da Constituição Federal). À União atribuiu-se, ainda, a competência para instituir impostos que não estão expressamente previstos nos artigos 153 a 156 (competência residual), observadas as regras do artigo 154, inciso I, da Constituição Federal.

Algumas questões tributárias foram reservadas a leis complementares (artigo 146 da Constituição Federal) e por isso não podem ser disciplinadas por medidas provisórias (artigos 146, 148 e 154, inciso I, da Constituição Federal, entre outras hipóteses).

O poder de tributar, no entanto, não é ilimitado, estando as principais limitações previstas nos artigos 150 e 151 da Constituição Federal (regras por alguns denominadas estatuto dos contribuintes).

Para um maior aprofundamento sobre o tema, aconselha-se a leitura da obra *Direito Tributário*, de Ricardo Cunha Chimenti, São Paulo, Saraiva, Coleção Sinopses Jurídicas.

2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (ARTIGO 150, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

Nenhum tributo será instituído, nem aumentado, a não ser por lei. O Código Tributário Nacional normalmente utiliza a palavra lei em seu sentido restrito, ou seja, lei é a norma geral e abstrata editada pelo ente político competente, observado o processo exigido na Constituição Federal. A expressão "legislação tributária", por sua vez, compreende as leis, os decretos e outros atos normativos (artigo 96 do CTN).

Quanto aos decretos, o Código Tributário Nacional é explícito em só admitir decretos regulamentares ou de execução (artigo 99), critério que, aliás,

confirma o enquadramento constitucional dos decretos (artigos 49, inciso V, e 84, inciso IV, ambos da Constituição Federal).

O decreto, espécie mais comum dos atos normativos, costuma ser definido como o ato administrativo de competência exclusiva do chefe do Poder Executivo (federal, estadual ou municipal) destinado a dar eficácia a situações gerais ou especiais previstas de forma explícita ou implícita na lei. Não tem força, portanto, para criar direitos ou extinguir obrigações, ou seja: no que for além da lei, não obriga; no que for contra a lei, não prevalece.

Alguns autores, no entanto, admitem o decreto denominado autônomo ou independente, o decreto que visa suprir a omissão do legislador dispondo sobre matéria ainda não especificada em lei e que não esteja sujeita ao princípio da reserva legal. Neste sentido, Hely Lopes Meirelles[1].

Excepcionalmente, a própria Constituição Federal admite que o Poder Executivo (normalmente via decreto), nos limites da lei, altere as alíquotas do Imposto de Importação, Imposto de Exportação, Imposto sobre Produtos Industrializados e Imposto sobre Operação Financeira, dispensando inclusive a observância do princípio da anterioridade (artigos 150, § 1.º, e 153, § 1.º, ambos da Constituição Federal).

2.1. As Medidas Provisórias

Em casos de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar as medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional (artigo 62 da Constituição Federal).

Há precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos anos de 1991 e 1993,

[1] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17ª edição, Malheiros. pg. 162.

relativos ao artigo 27 da Constituição de Tocantins, que negaram liminar e validaram medida provisória editada pelo Governador daquele Estado (ADINs ns. 425 e 812).

De acordo com a Emenda Constitucional n. 32/01, a medida provisória perde a eficácia, desde a sua edição, se não for convertida em lei no prazo de 60 dias. Admite-se a prorrogação automática do prazo, por mais 60 dias, uma única vez, caso os 60 dias originários se esgotem sem a apreciação da medida provisória pelas duas casas do Congresso Nacional.

As medidas provisórias editadas em data anterior à publicação da Emenda Constitucional n. 32 continuam em vigor, sem limitação de prazo, até que medida provisória ulterior (posterior) as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Caso o Congresso Nacional venha a rejeitar a medida provisória, em 60 dias deverá disciplinar (por decreto legislativo) as relações jurídicas dela decorrentes, pois, do contrário, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a sua vigência conservar-se-ão por ela regidos.

Editada a medida provisória, o Presidente da República deverá, de imediato, remetê-la para a apreciação do Congresso Nacional.

O antigo decreto-lei (excluído de nosso ordenamento jurídico pela Constituição Federal/88 e que era cabível somente para disciplinar as matérias expressamente previstas na Constituição Federal), se não fosse votado em 60 dias, era considerado tacitamente aprovado.

Expressamente é vedada a edição de medida provisória: I - sobre as matérias relativas a: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos e direito eleitoral; b) direito penal, processual penal e processual civil; c) organização

do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia dos seus membros; d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no artigo 167, § 3.º (que trata de despesas imprevisíveis e urgentes); II - que vise à detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou de qualquer outro ativo financeiro; III - reservada a lei complementar; IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República; V - relativa à competência exclusiva do Congresso Nacional e suas casas e; VI - para a regulamentação da exploração de serviços locais de gás canalizado pelos Estados (artigo 25, § 2.º, da Constituição Federal).

As medidas provisórias vinham sendo utilizadas para disciplinar matérias tributárias não reservadas às leis complementares, com a anuência do Congresso Nacional e de muitos tribunais, sendo que a Emenda Constitucional n. 32/01 não afasta essas interpretações.

De acordo com o § 2.º da redação atual do artigo 62 da Constituição Federal, medida provisória que implique instituição ou majoração da espécie de tributo denominado imposto só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele mês em que foi editada. Somente poderão ser instituídos ou majorados por medida provisória aqueles impostos que não dependam de lei complementar ou desde que as exigências da alínea “a” do inciso III do artigo 146 da Constituição Federal sejam satisfeitas por lei complementar anterior à medida provisória.

Quanto aos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do artigo 153 da Constituição Federal (impostos de função extrafiscal), bem como em relação ao imposto extraordinário (artigo 154, inciso II, da Constituição Federal), não se aplica o princípio da anterioridade e assim a medida provisória poderá ter incidência imediata.

Ao menos até a edição da Emenda Constitucional n. 32/01, o Supremo Tribunal Federal vinha admitindo a instituição de contribuição para a seguridade social sobre as fontes já previstas no artigo 195 da Constituição Federal por simples lei ordinária e, conseqüentemente, por medida provisória.

A lei que institui contribuição social com base no § 4.º do artigo 195 da Constituição (sobre outras fontes que não as expressamente previstas na Constituição Federal) tem de ser de natureza complementar, conforme consta da parte final do parágrafo (que remete ao artigo 154, inciso I, da Constituição Federal) e já foi decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.103. Luciano Amaro (*Direito Tributário Brasileiro*, 2.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 97) e Paulo de Barros Carvalho (*Curso de Direito Tributário*, 4.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1991, p. 36), com base no artigo 146, inciso III, da Constituição, entendem exigível lei complementar para a instituição de qualquer contribuição social.

De qualquer forma, deve ser observada a anterioridade nonagesimal prevista no § 6.º do artigo 195 da Constituição Federal (contagem a partir da publicação da medida provisória), circunstância que no caso concreto pode se mostrar incompatível com a urgência inerente às medidas provisórias.

3. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Segundo o princípio da igualdade (artigo 150, inciso II, da Constituição Federal) é vedado instituir tratamento desigual entre contribuintes de situação equivalente.

A base filosófica do princípio da igualdade é o princípio constitucional da isonomia, segundo o qual todos são iguais perante a lei.

O princípio da igualdade tributária explicita que a uniformidade do tratamento deve ser observada entre aqueles que têm situação equivalente, de quantos tantos estejam em condições iguais.

É vedada qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou da função exercida pelo contribuinte.

O princípio da igualdade é complementado pelos princípios da personalização e da capacidade contributiva, previstos no artigo 145, § 1.º, da Constituição Federal.

Pelo princípio da personalização e da capacidade contributiva, sempre que possível os impostos devem ter caráter pessoal e ser graduados de acordo com a capacidade econômica do contribuinte.

A fim de dar eficácia a este princípio, faculta-se à administração, respeitados os direitos individuais e os termos da lei, identificar os rendimentos do contribuinte, seu patrimônio e suas atividades econômicas. A Lei Complementar n. 105/01, que revogou o artigo 38 da *Lei dos Bancos* (Lei n. 4.595/64), permite que as autoridades e agentes tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, desde que haja processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e a medida seja indispensável, examinem documentos, livros e registros das instituições financeiras, independentemente de autorização judicial.

As alíquotas diferenciadas do imposto de renda representam um exemplo de se efetivar os princípios da igualdade e da capacidade contributiva, pois,

quando bem divididas, distribuem de forma proporcional os ônus de prover as necessidades da coletividade.

A Emenda Constitucional n. 29/00 autoriza o Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana (IPTU) progressivo em razão do valor do imóvel e também faculta ao ente político tributante fixar alíquotas progressivas com base na localização do imóvel ou sua destinação.

4. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO TRIBUTO COM EFEITO DE CONFISCO (TAMBÉM CHAMADO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE RAZOÁVEL, ARTIGO 150, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

Esse princípio significa que é vedado à União, aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco, já que tal circunstância nega vigência ao direito de propriedade garantida pelo artigo 5.º, inciso XXII, da Constituição Federal.

O caráter confiscatório do tributo é analisado pelo Judiciário no caso concreto e deve considerar a carga tributária decorrente da totalidade dos tributos.

Entende-se como confiscatório o tributo que absorve parte considerável do valor da propriedade, aniquila a empresa ou impede o exercício da atividade lícita e socialmente aceitável.

5. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE

De acordo com o princípio da anterioridade a Constituição Federal veda a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (art 150, inciso III, “b”). Na Constituição Federal anterior, com redação diversa, o artigo 153, § 29, explicitava o mesmo princípio.

Não se confunde o princípio da anterioridade com o princípio da anualidade, em que pese a corrente utilização de tais denominações como sinônimas por autores do porte de Ruy Barbosa Nogueira (*Curso de Direito Tributário*, 14.ª ed., São Paulo, Saraiva, p. 125) e pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Pelo princípio da anualidade, que não mais existe no Direito brasileiro, a cobrança dos tributos depende de autorização orçamentária anual do Poder Legislativo.

O artigo 141, § 34, segunda parte, da Constituição Federal de 1946, consignava que nenhum tributo "será cobrado em cada exercício financeiro sem prévia autorização orçamentária, ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra". A previsão orçamentária era renovável anualmente.

Alguns tributos não precisam, necessariamente, obedecer ao princípio da anterioridade. São eles: os previstos no § 1.º do artigo 150 da Constituição Federal (Imposto de Importação sobre Produtos Estrangeiros; Imposto sobre a Exportação, para o exterior, de Produtos Nacionais ou Nacionalizados; Imposto sobre Produtos Industrializados; Imposto sobre Operações de Crédito,

Câmbio e Seguro, os relativos a títulos e valores mobiliários; Imposto Extraordinário lançado por Motivo de Guerra Externa - art 154, inciso II, da Constituição Federal; empréstimos compulsórios na hipótese do artigo 148, inciso I, da Constituição Federal; e as contribuições sociais que financiam a seguridade social artigo 195, incisos I, II e III, da Constituição Federal).

As contribuições sociais relativas à seguridade social, porém, só podem ser exigidas após 90 dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado (artigo 195, § 6.º, da Constituição Federal). É o princípio da anterioridade nonagesimal ou noventária.

As exceções ao princípio da anterioridade só podem ser previstas por norma constitucional, não se admitindo lei complementar para tanto (a Constituição Federal 67, pela Emenda n. 8, de 1977, autorizava o alargamento das exceções previstas na Constituição Federal por lei complementar. A Constituição Federal/88 não autoriza o alargamento por norma infraconstitucional).

O Supremo Tribunal Federal tem decidido que a revogação da isenção tem eficácia imediata, vale dizer, verificada a revogação da isenção, o tributo pode ser cobrado no curso do mesmo exercício financeiro, sem ofensa ao princípio da anterioridade (*RTJ* 107/430 e *Súmula* 615/STF), ressalvadas a hipótese do inciso III do artigo 104 do Código Tributário Nacional (Imposto sobre o Patrimônio e a Renda) e do artigo 178 do Código Tributário Nacional (isenção com prazo certo ou sob condição onerosa).

6. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DOS TRIBUTOS (ARTIGO 150, INCISO III, "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

Os fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que houver instituído ou aumentado os tributos (estabelecida a hipótese de incidência) não acarretam obrigações. A lei nova não se aplica aos fatos geradores já consumados (artigo 105 do CTN).

Pode ocorrer, no entanto, que o fato gerador tenha se iniciado, mas não esteja consumado, se aceita a teoria do fato gerador complexivo, continuado.

Conforme ensina o Tributarista Hugo de Brito Machado, "isto se dá especialmente em se tratando de tributo com fato gerador continuado. O imposto de renda é exemplo típico, já que, em regra, só no fim do ano-base se considera consumado o fato gerador de imposto de renda. Assim, se antes disto surge uma lei nova, ela se aplica imediatamente."

Embora renomados tributaristas sustentem que o Imposto de Renda (IR) deve ser regulado por lei em vigor e publicada antes do início do ano-base, fundado na Constituição Federal de 1967, o Supremo Tribunal Federal sumulou entendimento contrário. Ou seja, o fato gerador do imposto de renda se completa em 31/12, e ,assim, a lei publicada até tal data aplica-se a todo o período. O entendimento é prejudicial ao princípio da segurança de relações jurídicas (artigo 116, inciso II, do CTN).

Súmula n. 584 do Supremo Tribunal Federal:

"Ao imposto de renda calculado sobre os rendimentos do ano-base, aplica-se a lei vigente no exercício financeiro em que deve ser apresentada a declaração" (não há desrespeito ao princípio da anterioridade, pois a lei pode ser publicada em 31 de dezembro e terá vigência a partir de 1.º de janeiro, exercício em que será apresentada a declaração).

Pela Súmula n. 584, o fato gerador é complexivo, ou seja, "só se considera consumado o fato gerador no fim do ano-base."

Os atos normativos, expedidos pelas autoridades administrativas, devem observância à lei da qual decorrem, mas salvo disposição em contrário entram em vigor na data da sua publicação (artigo 103, inciso I, do CTN).

Quanto ao lançamento, deve ser observada a legislação aplicável na data da ocorrência do fato gerador, ainda que posteriormente revogada ou modificada (artigo 144 do CTN).

O lançamento, que em breve será analisado, é o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador, determinar a matéria tributável, calcular o valor devido, identificar o sujeito passivo e, se for o caso, aplicar a penalidade cabível (artigo 142 do CTN).

O princípio da irretroatividade é uma limitação à cobrança de tributos. Portanto, as leis interpretativas, as leis que deixem de definir um fato como infração, aquelas que diminuem a penalidade prevista por ocasião da infração e, sobretudo, as que concedem remissão (perdão total ou parcial de uma dívida), podem ser retroativas (artigo 106 do CTN).

7. PRINCÍPIO DA LIBERDADE DO TRÁFEGO DE PESSOAS OU BENS (ARTIGO 150, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTIGO 9.º, INCISO III, DO CTN)

O princípio não impede a cobrança de impostos sobre a circulação de mercadorias em operações interestaduais ou intermunicipais, expressamente prevista na própria Constituição Federal, nem afasta a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público (exigência autorizada pelo próprio inciso V do artigo 150 da Constituição Federal e que será estudada conjuntamente com as taxas).

O que se quer vedar é o tributo que tenha como hipótese de incidência o tráfego intermunicipal ou interestadual de pessoas ou bens, o ir e vir dentro de território nacional.

8. PRINCÍPIO DA IMUNIDADE RECÍPROCA (ARTIGO 150, INCISO VI, "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E ARTS 9.º, ARTIGO 11 E SS. DO CTN)

A imunidade é uma hipótese de não-incidência constitucionalmente qualificada. Vale dizer: a Constituição impede que a lei de tributação inclua certos fatos na hipótese de incidência de impostos. Só há imunidade, em regra, quanto aos impostos. Excepcionalmente, porém, no artigo 5.º, inciso XXXIV, da Constituição Federal, está prevista a imunidade de taxas em relação ao direito de petição. E no § 7.º do artigo 195 está prevista a imunidade (indevidamente chamada isenção) em relação à contribuição para a seguridade social de entidades beneficentes que atendam aos requisitos previstos em lei.

Na isenção, ao contrário, é a lei infraconstitucional que retira algumas ocorrências da hipótese de incidência (por exemplo, estabelecendo que determinados produtos não pagam imposto de importação, quando a regra geral prevê o imposto de importação sobre produtos que entram no território nacional). A isenção é denominada hipótese de não-incidência legalmente qualificada.

Pelo princípio da imunidade recíproca, a primeira das imunidades previstas na Constituição Federal (artigo 150, inciso VI, "a", da Constituição Federal), é vedado à União, aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros, bem como sobre as autarquias e fundações mantidas pelo Poder Público (são as chamadas pessoas jurídicas de direito público e a extensão quanto às autarquias e fundações, naquilo que está vinculado às suas atividades essenciais, está prevista no § 2.º do artigo 150 da Constituição Federal).

A imunidade não se aplica ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis aos empreendimentos privados. Tal imunidade seria contrária ao princípio da liberdade de iniciativa (artigo 150, § 3.º).

Não estão imunes as atividades prestadas pela pessoa jurídica de direito público em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário. Em regra, basta haver a exigência da contraprestação para que a atividade seja considerada de natureza econômica e exclua a imunidade.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista que exploram atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. Por isso, não

podem gozar de privilégios fiscais não extensivos ao setor privado (artigo 173, § 2.º, da Constituição Federal).

9. IMUNIDADE DOS TEMPLOS DE QUALQUER CULTO (ARTIGO 150, INCISO VI, "B", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

A imunidade envolve o patrimônio, a renda e os serviços, desde que relacionados com as finalidades essenciais de templo. Assim, não pode incidir imposto sobre o imóvel que sirva de instrumento para a realização de atividade religiosa, como a igreja, a casa paroquial, o convento etc.

A 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal já deliberou que a renda dos imóveis locados, desde que utilizada para a realização das atividades essenciais da entidade religiosa, também desfruta da imunidade (RE n. 144.900, j. de 22.4.1997).

A imunidade não se aplica em relação ao imposto de importação, imposto de exportação, IPI, operações de crédito, seguro, câmbio e valores mobiliários (IOF), bem como não se aplica ao imposto extraordinário decorrente de guerra externa (artigo 150, § 1.º, da Constituição Federal).

10. IMUNIDADE DOS PARTIDOS POLÍTICOS, ENTIDADES SINDICAIS DE TRABALHADORES E INSTITUIÇÕES DE EDUCAÇÃO E ASSISTÊNCIA SOCIAL

A norma é de eficácia contida, dependendo o benefício da observância das regras prescritas em lei (artigo 150, inciso VI, "c", da Constituição Federal). Conforme leciona Paulo de Barros Carvalho, a lei que prevê tais requisitos é de natureza complementar (artigo 146, inciso II, da Constituição Federal).

A imunidade protege o patrimônio, a renda e os serviços, desde que relacionados com as finalidades essenciais dos entes explicitados; mas, como já mencionado, não é absoluta.

Quanto às entidades educacionais e assistenciais, há que se esclarecer que não ter finalidades lucrativas não significa que a entrada de recursos deve ser limitada aos custos, pois as entidades podem e devem obter recursos destinados ao seu desenvolvimento. O que não pode ocorrer é a distribuição do patrimônio ou dos eventuais lucros, lucros cujo destino é o investimento na própria instituição (Lei Complementar n. 104/01).

O artigo 14 do Código Tributário Nacional traça linhas básicas do conceito "não ter finalidade lucrativa" e demonstra que a regra constitucional é de eficácia contida (restringível). Ou seja, é possível a exigência de requerimento do interessado à autoridade administrativa, que reconhecerá ou não a imunidade (julgamento objetivo e que admite discussão judicial).

11. IMUNIDADE DOS LIVROS, JORNAIS, PERIÓDICOS E PAPEL DESTINADO À SUA IMPRESSÃO

A imunidade, embora atinja somente os impostos, deve ser compreendida em seu sentido finalístico, abrangendo inclusive os meios indispensáveis à produção dos objetos imunes, tal como os equipamentos destinados à sua produção (a imunidade inclui o imposto de importação, o ICMS, o IPI). Há entendimentos contrários, limitando a imunidade.

A imunidade é objetiva e por isso não inclui a empresa jornalística, a empresa editorial, o autor, o livreiro etc., que, em razão dos princípios da igualdade e da capacidade contributiva, deverão pagar impostos sobre o rendimento que obtiverem com o livro, com o jornal etc. A imunidade visa baratear a produção das obras e não enriquecer seus produtores.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que a imunidade alcança tanto os periódicos que apenas fornecem informações genéricas de utilidade pública como aqueles que sem caráter noticioso ou filosófico veiculam publicidade paga (a exemplo das listas telefônicas) - RE n. 101.441-5-RS.

Desde que não se descaracterizem, ou seja, desde que não sirvam apenas de veículos para a entrega de mercadorias, os livros, jornais e periódicos gozam de imunidade independente do seu conteúdo.

Há quem defenda, com razão, que a imunidade deve abranger outros veículos de idéia que não o papel, como, por exemplo, os disquetes, os *compact discs* (cds) e as fitas de vídeo de conteúdo didático (Embargos Infringentes n. 28.579-5, 8.ª Câmara de Direito Público do TJSP, rel. Paulo

Travain, j. de 1.9.1999, *Juis Saraiva*). A questão, porém, ainda não foi pacificada e muitos entendem que a imunidade só protege o livro impresso.

A imunidade quanto aos impostos não exclui obrigações acessórias (§ 1.º do artigo 9.º do CTN), como prestar informações ao Fisco, descontar como fonte os impostos devidos por terceiros e repassá-los aos cofres públicos.

12. PRINCÍPIO DA UNIFORMIDADE TRIBUTÁRIA GEOGRÁFICA (ARTIGO 151 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

É vedado à União instituir tributo que não seja uniforme em todo território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação ao Estado, ao Distrito Federal ou aos Municípios, em detrimento de outro.

Admite-se, porém, inclusive em relação aos tributos federais, a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diversas regiões do País. A lei sobre o tema deve ser de natureza complementar, nos termos dos artigos 43, § 1.º, e artigo 146, ambos da Constituição Federal.

O inciso III do artigo 151 impede que a União institua isenções de tributos da competência dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos Municípios, explicitando o princípio de que o poder de isentar é decorrente do poder de tributar. Na Constituição Federal anterior havia regra expressa autorizando a União, mediante lei complementar, de isentar os contribuintes estaduais e municipais. A regra, porém, não impede que a União conceda moratória (prorrogação, parcelada ou não) quanto aos tributos de competência dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, desde que

simultaneamente também conceda moratória em relação aos tributos de competência federal e às obrigações de direito privado (artigo 152, inciso I, "b", do CTN). Observe-se, ainda, a exceção prevista no artigo 155, § 2.º, inciso XII, "e", da Constituição Federal, que prevê a possibilidade de lei complementar federal conceder isenção de ICMS para produtos destinados à exportação (LC n. 87/96 - Lei Kandir).

O artigo 152 da Constituição Federal e o artigo 11 do Código Tributário Nacional vedam aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferenças tributárias entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino. José Afonso da Silva chama a regra de princípio da não-diferença tributária.

13. A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

Art. 150, § 7.º - Substituição Tributária - O sujeito passivo da obrigação tributária, a pessoa natural ou jurídica obrigada ao cumprimento da imposição, pode ser o contribuinte ou o responsável (artigo 121 do CTN).

O contribuinte tem relação pessoal e direta com o fato gerador. O contribuinte do Imposto de Renda, por exemplo, é o titular da disponibilidade periódica da renda ou do patrimônio (artigo 45 do CTN).

O responsável, por sua vez, sem ter relação direta com o fato gerador, por imposição de lei tem o dever de pagar o tributo. A entidade pagadora dos salários ou produtos é obrigada a reter na fonte o Imposto de Renda incidente sobre os valores pagos.

O conceito de responsável, hoje, é amplo e engloba o substituto tributário. Caso não se realize o fato gerador presumido, é assegurado a imediata e preferencial restituição da quantia paga.

Na hipótese do § 7.º do artigo 150 da Constituição Federal, o fato gerador ainda não ocorreu e ainda assim há a responsabilidade do sujeito passivo pelo recolhimento do imposto ou contribuição. Por isso, a denominação fato gerador presumido, a exemplo do que se verifica hoje na comercialização de combustíveis (a refinaria desde logo recolhe o ICMS devido por todos os envolvidos na cadeia de consumo, inclusive o posto que atende ao consumidor final).

DIREITO CONSTITUCIONAL

Princípios Constitucionais da Administração Pública

1. DIVISÃO E PRINCÍPIOS

A Administração Pública divide-se em centralizada (direta) e descentralizada (indireta), tendo como princípios básicos a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade (há exceções nos casos de segurança nacional) e a eficiência.

Do princípio da legalidade extrai-se que, enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. Mesmo os atos discricionários devem observância à lei quanto à competência, à finalidade e à forma.

Pelo princípio da impessoalidade (denominado por alguns princípio de finalidade), os atos administrativos devem atender aos interesses públicos.

A Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65) conceitua o desvio de finalidade em seu artigo 2.º, parágrafo único, alínea "e": "O desvio da finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência".

A Lei n. 9.784/99, por sua vez, também prevê os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a exemplo do que já explicitava o artigo 111 da Constituição Estadual de São Paulo. O princípio tem por objetivo coibir

excessos e autoriza a análise da relação custo-benefício das ações administrativas.

O princípio da moralidade impõe regras pertinentes ao elemento ético das condutas. O administrador tem de distinguir o honesto do desonesto e seus atos devem visar ao bem comum. O controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; entretanto, por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, mas também com a moral administrativa e com o interesse coletivo (TJSP, *RDA* 89/134).

A publicidade normalmente não é elemento formativo dos atos da Administração. É elemento de eficácia do ato e visa dar transparência aos atos administrativos. Os atos de efeitos externos só têm eficácia após sua publicação. Em casos de segurança nacional, investigações policiais ou interesse superior da Administração, os atos administrativos podem ser declarados sigilosos. A publicidade atinge os atos constituídos e os atos em formação.

O mais recente dos princípios da Administração Pública, explicitado na Constituição Federal, é o da eficiência, ou seja, da busca da boa qualidade na prestação do serviço.

A fim de dar eficácia a esse novo princípio, o artigo 41 da Constituição Federal, em seu § 1.º, inciso III, prevê a criação de procedimento de avaliação periódica de desempenho dos servidores públicos. Observados os critérios fixados em lei complementar e assegurada a ampla defesa, a constatação da insuficiência de desempenho poderá acarretar a perda do cargo.

A Administração Pública direta (centralizada) desenvolve suas atividades pelos órgãos próprios (secretarias, ministérios etc.).

A Administração Pública indireta (descentralizada) é formada por pessoas jurídicas de direito público (não são entidades estatais porque não têm autonomia política), denominadas autarquias, e por pessoas jurídicas de direito privado.

As autarquias são criadas por lei para a realização de obras, atividades e serviços descentralizados da entidade estatal que as criou, sem subordinação hierárquica. As agências reguladoras dos serviços públicos (concedidos ou não) são autarquias.

As pessoas jurídicas de direito privado que compõem a Administração indireta são as *empresas públicas e as sociedades de economia mista (denominadas entidades empresariais), cuja criação deve ser autorizada por lei específica*. O regime dos empregados das paraestatais é o da Consolidação das Leis do Trabalho.

As pessoas jurídicas de direito privado da Administração indireta têm sua criação autorizada por lei e realizam obras, serviços ou atividades de interesse coletivo. Têm autonomia administrativa e financeira, mas são fiscalizadas por órgão específico da entidade estatal a que estão vinculadas.

As fundações públicas são criadas após autorização legislativa e têm como característica a realização de trabalhos científicos e culturais, entre outros, que não envolvam interesses econômicos diretos ou fins lucrativos.

As entidades fundacionais, nos termos do inciso XIX do artigo 37 da Constituição Federal, podem ser pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado. Nesse sentido, as lições, atualizadas pela Emenda Constitucional n. 19, da obra *Direito Administrativo Brasileiro*, de Hely Lopes Meirelles.

Conforme leciona Márcio Fernando Elias Rosa[1]: “Diverge a doutrina sobre ser possível a instituição, pelo Estado, de Fundações sob o regime de direito público, sustentando os críticos que somente são admitidas as regidas pelo direito privado (fundações sob o modelo imposto pelo Código Civil, arts. 24 a 30). Há, porém, normas constitucionais que expressam a possibilidade contrária (CF, art. 37, inc. XIX) e infraconstitucionais no mesmo sentido (Lei n. 5.540/68 – fundações ligadas a universidades e estabelecimentos de ensino superior). Mas o regime jurídico a que devem estar submetidas as fundações é o de direito privado (Código Civil), sendo a instituição por escritura pública e registro no Registro de Pessoas Jurídicas; daí ser prevalecente o entendimento de que o Poder Público pode, conforme assim desejar ou convier ao interesse público, instituir tanto as regidas pelo direito público como também as normatizadas pelo direito privado”.

As empresas públicas podem adotar qualquer forma de sociedade comercial (S/A, Ltda. etc.) sendo seu capital 100% público (de uma ou mais entidades).

As sociedades de economia mista da União obrigatoriamente adotam a forma comercial das S/A (sociedades anônimas). São chamadas sociedades de economia mista porque o capital é formado por bens públicos e privados.

Os entes de cooperação, os serviços sociais autônomos (denominados entidades paraestatais), são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, destinadas ao desenvolvimento social (Sesc, Senai etc.).

[1] *Direito Administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2001. p. 29. (Série Sinopse).

2. DA ESTABILIDADE DOS SERVIDORES PÚBLICOS

No Estado clássico, a missão do Poder Executivo era a defesa externa e a manutenção da ordem interna, encabeçando a Administração e assegurando a manutenção dos serviços públicos indispensáveis (Forças Armadas, Relações Exteriores, Polícia e serviços essenciais).

Com a transformação do Estado clássico em *Welfare State* (Estado como condutor do bem-estar social), o Executivo ampliou suas funções e passou a gerir e criar serviços assistenciais, assumindo inclusive setores econômicos que considerava estratégicos ou nos quais a iniciativa privada era fraca ou inexistente. O Executivo se tornou o centro do Poder, até mesmo legislando (medida provisória, lei delegada etc.).

No Brasil, atualmente, o Executivo promove não apenas a execução das leis como também expede atos com força de lei (medida provisória e lei delegada) e participa do processo legislativo (iniciativa de lei, sanção, veto etc.). O Estado compreende o Governo (que toma as decisões) e a Administração, conjunto de órgãos que realizam as decisões do Governo (Serviço Civil e Militar).

Inicialmente, a Administração era organizada pelo sistema denominado *Spoil's System.* ou seja, cada mudança de Governo acarretava a "derrubada" dos servidores nomeados na Administração anterior e a distribuição dos lugares entre os protegidos do novo Governo. Esse fato gerava a descontinuidade do serviço e a instabilidade administrativa.

O *Welfare State*, porém, passou a exigir uma Administração especializada e capaz, sem o que não poderia realizar suas tarefas. Com isso

foram criadas as carreiras, cujas características essenciais são o ingresso por concurso público, o sistema de promoções e a estabilidade.

Pela Emenda Constitucional n. 19, os servidores públicos nomeados para cargo de provimento efetivo, em virtude de concurso público, adquirem a estabilidade após três anos de efetivo exercício. Condição obrigatória para a aquisição da estabilidade é a avaliação especial de desempenho, realizada por comissão instituída para essa finalidade.

A Emenda Constitucional n. 19 criou a disponibilidade remunerada. Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

Concluindo, há que se observar a regra, prevista no § 4.º do artigo 169 da Constituição Federal, pela qual o servidor estável poderá perder o cargo – por ato normativo, motivado, do Poder em que atua –, quando a despesa com pessoal ativo ou inativo exceder os limites estabelecidos na Lei Complementar n. 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Antes desse corte de servidores que, segundo entendo, só se aplica àqueles empossados após a vigência da Emenda Constitucional n. 19/98 (sob pena de violação do direito adquirido), devem ser reduzidas em 20% as despesas com cargos em comissão e funções de confiança e exonerados os servidores não-estáveis.

O ingresso na Administração Pública direta e indireta, hoje, em regra, depende de concurso público de provas ou de provas e títulos. A exceção são os cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração.

As instituições de pesquisa científica e tecnológica e as universidades podem contratar professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei.

Os titulares de cargos em comissão, porém, são exoneráveis *ad nutum*. Não são estáveis, qualquer que seja o tempo de seu vínculo com a Administração.

Os cargos, os empregos e as funções públicas são acessíveis aos brasileiros e aos estrangeiros (Emenda Constitucional n. 19) que preencham os requisitos previstos em lei. Os editais e decretos não podem estabelecer exigências.

Há quem entenda que, no caso dos temporários, está dispensado o concurso.

O artigo 39, § 2.º, c. c. o artigo 7.º, inciso XXX, em princípio veda qualquer restrição em razão da idade do interessado. Lei específica, porém, pode dispor sobre a idade dos interessados, como imposição da natureza dos cargos a preencher (Recurso Extraordinário n. 74.355, de 6.12.1973, cancelou a Súmula n. 14 do STF). Assim, autorizado por lei, o ente que realiza o concurso pode impor restrições pertinentes à idade do candidato.

Os cargos previstos no artigo 12, § 3.º, da Constitucional Federal só podem ser preenchidos por brasileiros natos.

Sobre o tema, ver Ricardo Cunha Chimenti, *Apontamentos de Direito Constitucional*, São Paulo, Paloma, 2001.

3. ESPÉCIES DE INVESTIDURA

Investidura é o procedimento legal pelo qual o agente público vincula-se à Administração Pública para o exercício de cargo, emprego, função ou mandato. A forma usual da investidura é a nomeação, mas também pode se dar por designação, contratação etc.

Investidura originária é a que vincula inicialmente o agente à Administração Pública.

Investidura derivada é aquela que se baseia em anterior vinculação do agente com a Administração, como a promoção, a transferência etc.

Investidura vitalícia é aquela cuja destituição, após o estágio probatório, exige processo judicial.

Investidura efetiva é a que tem presunção de definitividade após o estágio probatório. A destituição exige processo administrativo ou judicial.

O estágio probatório – período durante o qual se verificam a idoneidade, aptidão, disciplina, assiduidade e eficiência do nomeado – atualmente é de três anos.

No período do estágio probatório, o servidor que não preencher os requisitos necessários para o exercício da função pode ser exonerado sem as formalidades do processo administrativo. O ato de desligamento deve ser motivado e precedido das investigações necessárias à apuração das falhas, observando-se o contraditório e a ampla defesa (Súmula n. 21 do STF).

Extinto o cargo, o funcionário permanece em disponibilidade remunerada, proporcional ao tempo de serviço, até seu aproveitamento em cargo compatível.

A investidura em comissão é de natureza transitória e admite a exoneração *ad nutum* (independentemente de prazo ou justificativa).

Os concursos públicos têm validade por dois anos, prorrogáveis por outros dois.

Durante o prazo improrrogável do edital de convocação, o aprovado será convocado com prioridade sobre novos concursados.

De acordo com a Súmula n. 15 do Supremo Tribunal Federal: "Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação".

Não há, porém, direito adquirido em decorrência de concurso, que pode ser cancelado ou invalidado antes, durante ou após a sua realização.

Os concorrentes têm apenas uma expectativa de direito. Nem mesmo a aprovação gera direito absoluto à nomeação, pois o aprovado continua com mera expectativa de direito à investidura no cargo ou emprego público.

A nomeação é ato de provimento de cargo, que se completa com a posse e o exercício.

Até a posse, a nomeação pode ser desfeita por simples ato administrativo. Com a posse, a exoneração do nomeado passa a exigir o devido processo administrativo, com direito à ampla defesa.

Se a posse não ocorrer no prazo legal, o ato de provimento (a nomeação) não terá efeito.

Se o empossado não entrar em exercício, será exonerado (Lei n. 8.112/90 – Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União). É com o exercício que o servidor adquire o direito relativo às vantagens do cargo.

A desinvestidura pode se dar com a demissão (punição por falta grave ou por insuficiência de desempenho na avaliação periódica), com a exoneração (de ofício ou a pedido do interessado) e com a destituição (para os cargos em comissão). Mesmo na fase do estágio probatório deve haver inquérito administrativo no qual se apure a falha justificadora do ato (Súmula n. 21 do STF).

O servidor público civil tem direito à associação sindical e à greve (Lei n. 7.783/89). O militar, não.

Como exceção ao princípio da isonomia (art. 5.º da CF), a Constituição Federal traz que a lei reservará percentual de cargos e empregos públicos para os deficientes físicos.

Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado e o eventual ocupante da vaga reconduzido ao cargo de origem, sem direito à indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade (reintegração).

O estável não é inamovível. Sendo conveniente à Administração, pode ser removido para cargo similar.

Durante o estágio probatório não há proteção contra a extinção do cargo (Súmula n. 22 do STF).

4. VENCIMENTOS E SUBSÍDIOS

A revisão geral, anual, da remuneração dos servidores públicos far-se-á sempre na mesma data.

Os subsídios (os membros do poder, os detentores de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais, de acordo com a Emenda Constitucional n. 19/98, serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única) e os vencimentos dos ocupantes de cargos ou funções públicas são irredutíveis. Há exceções no inciso XV do artigo 39 da Constituição Federal (redação da Emenda Constitucional n. 19/98).

O teto dos vencimentos são os subsídios recebidos em espécie pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, valor que, no entanto, ainda depende de lei de iniciativa conjunta do Presidente da República, do Presidente do Supremo Tribunal Federal, do Presidente da Câmara dos Deputados e do Presidente do Senado Federal.

É vedada a vinculação e a equiparação.

É vedada a acumulação remunerada de cargos públicos. Havendo compatibilidade de horários, podem ser acumulados:

- dois cargos de professor;
- um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas (Emenda Constitucional n. 34, de 13/12/01);

- cargo de magistrado com um de magistério;
- cargo de membro do Ministério Público com um de magistério.

Nos casos de mandato eletivo federal (deputado federal e senador), estadual ou distrital, ficará o agente afastado do cargo, emprego ou função. A remuneração será a do cargo. Os deputados e senadores não podem ser titulares de mais de um cargo ou mandato eletivo ou ocupar cargos que admitam a exoneração *ad nutum*.

Na hipótese do artigo 56, inciso I, da Constituição Federal, ou seja, quando o deputado ou senador for investido no cargo de Ministro de Estado, Governador de Território ou Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefia de missão diplomática temporária, ele não perde o mandato e pode optar pela remuneração.

Servidores públicos eleitos prefeitos também têm de se afastar do emprego, cargo ou função, mas podem optar pela remuneração.

Vereador, se houver compatibilidade de horários, pode receber as duas remunerações (do cargo, emprego ou função mais a remuneração do cargo de vereador). Não havendo compatibilidade, pode optar.

5. APOSENTADORIA DOS SERVIDORES (art. 40 da CF)

Os servidores comissionados, os temporários e os empregados públicos estão sujeitos ao regime geral da Previdência Social, conforme prevê o § 13 do artigo 40 da Constituição Federal.

Trataremos aqui da aposentadoria do servidor vitalício e do servidor efetivo (aposentadoria *peculiar*, segundo definido na obra *Direito Administrativo*, de Hely Lopes Meirelles), regida pela regra especial dos artigos 40, *caput*, 73, § 3.º (membros dos Tribunais de Contas), 93, inciso VI (membros da Magistratura), e 129, § 4.º (membros do Ministério Público).

A aposentadoria pode se dar de forma voluntária ou compulsória.

Para requerer a aposentadoria voluntária integral, o servidor homem deve demonstrar ter contribuído por 35 anos (o tempo de serviço verificado até a Emenda Constitucional n. 20 é considerado como tempo de contribuição), contar com mais de 60 anos de idade e provar o efetivo exercício do serviço público por, no mínimo, 10 anos.

A servidora mulher deve comprovar 30 anos de contribuição, 55 anos de idade e efetivo exercício do serviço público por, no mínimo, 10 anos.

Para fazer jus à remuneração do cargo que ocupava por ocasião da aposentadoria, o servidor ou a servidora deverá demonstrar tê-lo exercido por, no mínimo, cinco anos. Caso contrário, receberá a remuneração do cargo anterior (se ocupado por dez anos) ou do cargo originário (se não completou dez anos em qualquer dos cargos).

Os requisitos de idade e tempo de contribuição são reduzidos em cinco anos para quem comprovar tempo de efetivo serviço exclusivamente no exercício das funções de magistério, na educação infantil, ensino fundamental e médio.

A aposentadoria proporcional ao tempo de contribuição pode ser requerida pelo servidor homem que complete 65 anos de idade e pela servidora mulher que comprove 60 anos de idade.

As atividades exercidas sob condições especialmente penosas, assim definidas em lei complementar, admitem a aposentadoria com rigor temporal menor (art. 40, § 4.º, da CF).

A aposentadoria compulsória é efetivada aos 70 anos de idade e garante vencimentos proporcionais ao tempo de contribuição.

O servidor poderá ser aposentado por invalidez, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. A aposentadoria será efetivada com proventos integrais se a invalidez decorrer de acidente do trabalho, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei.

Nos termos do § 9.º do artigo 201 da Constituição Federal, para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, rural ou urbana.

À exceção dos cargos que admitiam cumulação na ativa (art. 37, inc. XVI; art. 95, par. ún., inc. I; e art. 128, inc. II, “d”; todos da CF), é vedada a acumulação de aposentadorias. Ainda que admitida a cumulação de aposentadorias ou de pensões, seu limite máximo será o teto previsto no inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal.

O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido (§ 7.º do art. 40 da CF).

O § 8.º do artigo 40 da Constituição Federal garante a revisão dos proventos dos aposentados na mesma data e no mesmo índice da remuneração dos servidores da ativa.

A aposentadoria está sujeita à reversão (cessação dos motivos da aposentadoria por invalidez, com o retorno do inativo ao serviço) e à cassação (assemelha-se à demissão).

O artigo 8.º da Emenda Constitucional n. 20/98 estabeleceu regras de transição para os que tinham cargo vitalício ou efetivo na data da sua publicação (e imediata vigência).

Nos termos do artigo 149, parágrafo único, da Constituição Federal, c. c. a Lei n. 9.717/98, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem manter sistema próprio de previdência e assistência social, desde que tenham mais de mil servidores estatutários e arrecadação superior às transferências que recebem da União. As contribuições para o custeio desse sistema será cobrada dos próprios servidores.

A contribuição da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios aos respectivos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e dos militares não poderá exceder, a qualquer título, o dobro da contribuição do segurado.

6. SERVIDORES MILITARES

Os servidores militares federais são os integrantes das Forças Armadas.

Os servidores militares dos Estados e do Distrito Federal são os integrantes das suas polícias militares e dos corpos de bombeiros militares, que integram as forças auxiliares e reserva do Exército (§ 6.º do art. 144 da CF) e, juntamente com a Polícia Civil, subordinam-se aos governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios em tempo de paz.

O militar em efetivo serviço não pode estar filiado a partido político.

O oficial das Forças Armadas (federal) só perderá o posto e a patente se for julgado indigno de oficialato ou com ele incompatível, por decisão de Tribunal Militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de Tribunal Especial, em tempo de guerra. Se condenado, pela Justiça Comum ou Militar, à pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, o oficial será submetido ao Tribunal Militar quanto à perda do posto e da patente.

Não cabe *habeas corpus* em relação ao mérito das punições disciplinares militares, embora seja cabível o *writ* para o controle dos pressupostos de legalidade.

7. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO (§ 6.º do art. 37 da CF)

Superada a fase do Absolutismo, época em que os soberanos eram considerados representantes divinos e por isso infalíveis, as bases constitucionais das diversas sociedades passaram a sujeitar todas as pessoas, públicas ou privadas, ao império das leis. A partir de então, também o Estado passou a ser sujeito passivo de pleitos indenizatórios, inclusive em ações judiciais.

É princípio elementar de nossa Constituição Federal de 1988, consagrado entre os direitos fundamentais, que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário (inc. XXXV, do art. 5.º, da CF).

Ao contrário da Constituição Federal do Império e de outras constituições que estabeleciam pré-requisitos para alguém ingressar em Juízo (a Emenda Constitucional n. 07, de 1977, dando nova redação ao art. 153 da Constituição Federal de 1967, ditava que o "ingresso em Juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida a garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de 180 dias para a decisão sobre o pedido" – o Ato Institucional n. 5, de 1969, excluiu da apreciação do Poder Judiciário os atos praticados pelo Comando do Golpe Militar de 1964 etc.), a Constituição Federal de 1988 estabelece como regra que o direito de acesso à Justiça, visando à apreciação de lesão ou ameaça de lesão a direito, não depende de qualquer procedimento administrativo prévio e não pode ser excluído pela lei.

O Brasil, portanto, não adota a dualidade de jurisdição, o chamado contencioso administrativo, no qual um organismo administrativo desempenha

funções jurisdicionais sem fazer parte do Poder Judiciário. Os recursos administrativos hoje previstos, portanto, são opcionais e não obrigatórios.

Até a Constituição Federal de 1934 a responsabilidade constitucional do Estado era, em regra, de índole subjetiva, ou seja, sua caracterização exigia que o agente público praticasse um ato contrário ao direito ou se omitisse na prática de ato que tinha o dever de realizar, causando dano. Registrava-se a responsabilidade civil do Estado nos danos causados pelas estradas de ferro (Dec. n. 1.930, de 1857; Dec. n. 2.230, de 1896, relativo aos serviços de correio; Lei n. 2.681/12, relativa à responsabilidade objetiva das estradas de ferro, salvo caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima; art. 15 do CC etc.).

A Constituição Federal, desde a de 1946 (art. 194), porém, prevê que o Estado responde pelos atos danosos praticados por seus agentes. A vítima pode, desde logo, acionar o Estado judicialmente, independentemente de, antes, superar a esfera administrativa. Portanto, desde 1946 a responsabilidade civil do Estado, pelos atos nocivos de seus servidores, não exige a culpa, a prática de ato contrário ao direito ou a falta de dever prescrito por lei. Basta que o prejudicado demonstre a ação ou omissão, o dano e o nexo de causalidade entre esse e o comportamento do agente público.

Conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello: "Para que haja a responsabilidade pública, importa que o comportamento derive de um agente público. O título jurídico da investidura não é relevante. Basta que seja qualificado como agente público, é dizer, apto para comportamentos imputáveis ao Estado (ou outras pessoas, de direito público ou privado, prestadoras de serviços públicos, quando atuarem nessa qualidade) (...) A condição do agente, no sentido ora indicado, não se descaracteriza pelo fato de esse haver agido impulsionado por sentimentos pessoais ou, por qualquer modo, estranhos à finalidade do serviço. Basta que tenha podido produzir o

dano por desfrutar de posição jurídica que lhe resulte da qualidade de agente atuando em relação com o serviço público, bem ou mal desempenhado”.

O sistema, portanto, evoluiu da irresponsabilidade para a responsabilidade com culpa e dessa para a teoria do risco administrativo, hoje vigente.

Não foi adotada a teoria do risco integral.

Na teoria do risco administrativo, hoje vigente, basta a lesão sem o concurso do lesado. Trata-se de uma responsabilidade objetiva mitigada, já que pode ser diminuída ou afastada se comprovada a culpa concorrente (dupla causação) ou exclusiva da vítima. Difere da teoria do risco integral, pois permite que o Estado comprove a culpa da vítima, para excluir ou atenuar a indenização.

O agente público causador dos danos deve estar no exercício de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. Seu abuso, porém, não exclui a responsabilidade objetiva do Estado. Antes, a agrava, porque demonstra a má escolha de agente.

Nos atos predatórios de terceiros e nos casos fortuitos ou de força maior, a Administração só responde se comprovada sua culpa.

A ação costuma ser proposta somente contra o Estado, sem a inclusão de servidor na demanda. Prevalece na doutrina e na jurisprudência ser vedada a denunciação da lide ao servidor (*RT* 631/159).

A vítima, porém, também pode acionar o Estado e o agente, conjuntamente, ou mesmo apenas o agente. Caso opte por acionar o agente, terá o ônus de provar sua culpa, mas estará livre das dificuldades sempre verificadas nas execuções contra a Fazenda Pública (STF,*RTJ* 106/1.185).

Normalmente o Estado indeniza a vítima. O agente público, se for o caso (demonstrada sua culpa ou dolo em ação própria), indeniza a Administração (voluntariamente ou via ação regressiva). O agente pode, voluntariamente, atuar como assistente da Administração.

Na ação regressiva deve ser comprovado o dolo ou a culpa do agente.

Caso o ato danoso também caracterize um crime, quatro hipóteses podem ser verificadas:

1.ª) a condenação criminal não pode ser negada em outro Juízo;

2.ª) nos casos de absolvição, pelo categórico reconhecimento da inexistência do fato ou da negativa da autoria, não caberá a ação civil (art. 1.525 do CC) ou o processo administrativo;

3.ª) a absolvição fundada na insuficiência de provas, ou em razão de o fato não constituir infração penal, é insuficiente para impedir a ação civil ou o processo administrativo;

4.ª) a absolvição fundamentada em causa excludente da antijuridicidade (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de um direito ou estrito cumprimento do dever legal), em regra, afasta a responsabilidade civil (exceto nas hipóteses dos arts. 1.519 e 1.520 do CC).

Leciona Hely Lopes Meirelles[2] que: “A punição interna, autônoma que é, pode ser aplicada ao servidor antes mesmo do julgamento judicial do mesmo fato. E assim é porque, como já vimos, o ilícito administrativo independe do ilícito penal. A absolvição criminal só afastará o ato punitivo se ficar provada, na ação penal, a inexistência do fato, ou que o acusado foi seu autor”.

[2] *Direito Administrativo Brasileiro.* Malheiros, 2000. p. 451.

Ainda que a conduta danosa do Estado seja lícita, ela pode gerar prejuízos indiretos a terceiros, a exemplo do policial que, no estrito cumprimento de um dever legal, dispara contra um ladrão e atinge um automóvel de terceiro. O fato, lícito, era de interesse da sociedade; porém, causou dano a terceiro que não estava vinculado ao crime. Pelo princípio da solidariedade social, não é justo que apenas um arque com os prejuízos de um ato praticado em favor de todos.

O dano indenizável é aquele certo, material ou moral, que supera as pequenas lesões decorrentes do convívio social (respirar alguma poeira momentaneamente gerada por obra pública, desviar o caminho em razão de bloqueios transitórios de trânsito etc.).

DIREITO CONSTITUCIONAL

MÓDULO V – Exercícios Objetivos

Aos alunos do Curso a Distância;

Solicitamos aos nossos alunos o especial obséquio de observar que, nos exercícios objetivos do Módulo V, de Direito Constitucional, havia incorreção no texto da questão de n.º 5, tendo sido inclusive anulada no concurso em que foi veiculada, razão pela qual recomendamos sua exclusão do texto modular, assim como já realizado em determinados exercícios, até que seja inserida nova questão no referido módulo. A questão objeto de exclusão segue reproduzida abaixo:

5. Os direitos e garantias individuais relacionados no art. 5.º da CF:

a) podem ser objeto de EC;
b) são exaustivos;
c) são imprescritíveis;
d) são irrenunciáveis.

Sem mais, permanecemos à disposição para quaisquer esclarecimentos adicionais necessários.

Atenciosamente,

Equipe do Curso do Prof. Damásio a Distância.

GABARITO – EXERCÍCIOS OBJETIVOS DIR. CONSTITUCIONAL

MÓDULO V

As alternativas corretas para os exercícios objetivos do módulo V de Dir. Constitucional são:

	1	**2**	**3**	**4**	**5**
D. Constitucional	E/D	A	C	A	C

DIREITO ADMINISTRATIVO

Princípios da Administração

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Quando alguém exerce atividade em nome de terceiros, temos uma *função*. A função administrativa é toda atividade desenvolvida pela Administração representando os interesses de terceiros, ou seja, os interesses da coletividade.

Por força desses interesses de terceiros, que ela representa, são conferidos à Administração direitos e obrigações que não se estendem aos particulares. Logo, está numa posição de superioridade em relação aos particulares. A Administração possui um regime jurídico diferenciado, estando o interesse público sobreposto aos interesses particulares.

Os princípios da Administração Pública são regras que surgem como parâmetros para a interpretação das demais normas jurídicas. Têm a função de oferecer coerência e harmonia para o ordenamento jurídico. Quando houver mais de uma norma, deve-se seguir aquela que mais se compatibiliza com a CF, ou seja, deve ser feita uma interpretação conforme a Constituição.

Os princípios que a Administração deverá seguir estão dispostos no art. 37, *caput,* da CF/88. O disposto no referido artigo constitucional é elenco meramente exemplificativo; logo, existem outros princípios que poderão ser invocados pela Administração, como o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, o princípio da isonomia, entre outros.

Os princípios da Administração abrangem a Administração Pública direta e indireta de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 37 da CF/88).

2. PRINCÍPIOS

2.1. Princípio da Legalidade

Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5.º, II, da CF).

O princípio da legalidade representa uma garantia para os administrados, pois qualquer ato da Administração Pública somente terá validade se respaldado em lei. Representa um limite para a atuação do Estado, visando à proteção do administrado em relação ao abuso de poder.

O princípio em estudo apresenta um perfil diverso no campo do Direito Público e no campo do Direito Privado. No Direito Privado, tendo em vista o interesse privado, as partes poderão fazer tudo o que a lei não proíbe; no Direito Público, diferentemente, existe uma relação de subordinação perante a lei, ou seja, só se pode fazer o que a lei expressamente autorizar.

O princípio da legalidade, no Direito Administrativo, apresenta exceções:

- *medidas provisórias*: são atos com força de lei, mas o administrado só se submeterá ao previsto em medida provisória se elas forem editadas dentro dos parâmetros constitucionais, ou seja, se presentes os requisitos da relevância e da urgência. Vêm sendo considerados fatos

urgentes, para efeito de medida provisória, aqueles assuntos que não podem esperar mais que noventa dias;

- *estado de sítio e estado de defesa*: são momentos de anormalidade institucional. Representam restrições ao princípio da legalidade porque são instituídos por um decreto presidencial que poderá obrigar a fazer ou deixar de fazer mesmo não sendo lei.

2.2. Princípio da Publicidade

É a obrigação, o dever atribuído à Administração, de dar total transparência a todos os atos que praticar, ou seja, como regra geral, nenhum ato administrativo pode ser sigiloso.

A regra do princípio que veda o sigilo comporta algumas exceções, como quando os atos e atividades estiverem relacionados com a segurança nacional ou quando o conteúdo da informação for resguardado por sigilo (art. 37, § 3.º, II, da CF/88).

A publicidade, entretanto, só será admitida se tiver fim educativo, informativo ou de orientação social, proibindo-se a promoção pessoal de autoridades ou de servidores públicos por meio de aparecimento de nomes, símbolos e imagens.

São instrumentos constitucionais utilizados para assegurar o recebimento de informações o *habeas data*, art. 5.º, LXXII, da CF e o Mandado de Segurança, art. 5.º, LXIX e LXX, da CF.

2.3. Princípio da Impessoalidade

Deve ser observado em duas situações distintas:

- *em relação aos administrados*: significa que a Administração Pública não poderá atuar discriminando pessoas de forma gratuita, a não ser aquelas que venham privilegiar o interesse público, ou seja, a Administração Pública deve permanecer numa posição de neutralidade em relação às pessoas privadas. A atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, sem discriminação nem favoritismo, constituindo assim um desdobramento do princípio geral da igualdade, art. 5.º, *caput,* CF. Ex.: contratação de serviços por meio de licitação – vinculação ao edital – regras iguais para todos que queiram participar da licitação;

- *em relação à própria Administração Pública*: a responsabilidade dos atos administrativos praticados deve ser imputada não ao agente e sim à pessoa jurídica – Administração Pública direta ou indireta. Segundo o art. 37, § 6.º, da CF "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa". **Teoria do Órgão:** a responsabilidade deve ser imputada ao órgão/pessoa jurídica e não ao agente público.

2.4. Princípio da Moralidade

O ato e a atividade da Administração Pública devem obedecer não só à lei, mas também à moral.

A Lei n. 8.429/92, no seu art. 9.º, apresentou, em caráter exemplificativo, as hipóteses de atos de improbidade administrativa; esse artigo dispõe que todo aquele que objetivar algum tipo de vantagem patrimonial indevida, em razão de cargo, mandato, emprego ou função que exerce, estará praticando ato de improbidade administrativa. São exemplos:

- usar bens e equipamentos públicos com finalidade particular;
- intermediar liberação de verbas;
- estabelecer contratação direta quando a lei manda licitar;
- vender bem público abaixo do valor de mercado;
- adquirir bens acima do valor de mercado (superfaturamento).

Instrumentos para combater atos de improbidade: Ação Popular, art. 5.º, LXXIII, da CF e Ação Civil Pública, Lei n. 7347/85, art. 1.º, desde que neste caso o interesse seja difuso.

Sanções aplicáveis (art.37, § 4.º, da CF): suspensão dos direitos políticos; perda da função pública; indisponibilidade dos bens; ressarcimento ao erário.

2.5. Princípio da Eficiência

A EC n. 19 trouxe para o texto constitucional o princípio da eficiência, que obrigou a Administração Pública a aperfeiçoar os serviços e as atividades que presta, buscando otimização de resultados e visando atender o interesse público com maior eficiência. Devemos ressaltar, todavia, que já constava em

nossa legislação infraconstitucional o mencionado princípio, a exemplo do Dec. Lei n. 200/67 (arts.13 e 25, V), da Lei de Concessões e Permissões (Lei n. 8987/95, arts. 6.º e 7.º) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078/90, arts. 4.º, VII e 6.º, X e 22).

Para uma pessoa entrar para a Administração Pública, deve haver concurso público. A CF/88 dispõe quais os títulos e provas hábeis para o serviço público, a natureza e a complexidade do cargo. Para adquirir estabilidade, é necessária a eficiência (nomeação por concurso, estágio probatório de três anos etc.).

Para perder a condição de servidor (art. 41, § 1.º, CF/88), é necessário sentença judicial transitada em julgado, processo administrativo com ampla defesa e insuficiência de desempenho.

2.6. Princípio da Motivação

É o princípio mais importante, visto que sem a motivação não há o devido processo legal. Motivar significa:

- mencionar o dispositivo legal aplicável ao caso concreto;
- relacionar os fatos que concretamente levaram à aplicação daquele dispositivo legal.

Todos os atos administrativos devem ser motivados para que o Judiciário possa controlar o mérito do ato administrativo quanto à sua legalidade. Para efetuar esse controle, devem-se observar os motivos dos atos administrativos.

Hely Lopes Meirelles entende que o ato discricionário, editado sob a lei, confere ao administrador uma margem de liberdade para fazer um juízo de conveniência e oportunidade, não sendo necessária a motivação porém, se houver tal, o ato deverá condicionar-se à referida motivação. O entendimento majoritário, no entanto, é de que, mesmo no ato discricionário, é necessária a motivação para que se saiba qual o caminho adotado.

2.7. Supremacia do Interesse Público sobre o Particular

Sempre que houver a necessidade de sacrificar um interesse individual e um interesse público coletivo, prevalece o interesse público. São as prerrogativas conferidas à Administração Pública, porque esta atua por conta dos interesses públicos.

Obs.: Estudar também os princípios seguintes (*vide* bibliografia indicada):

- Princípio da Isonomia;
- Princípio da Indisponibilidade dos Interesses Públicos;
- Princípio da Finalidade;
- Princípio da Razoabilidade;
- Princípio da Especialidade;
- Princípio da Presunção de Legitimidade;
- Princípio da Indisponibilidade;
- Princípio da Continuidade;

- Princípio da Autotutela;
- Princípio da Proporcionalidade;
- Princípio do Controle Judicial dos Atos Administrativos;
- Princípio da Responsabilidade do Estado.

DIREITO ADMINISTRATIVO

Poderes da Administração

1. ASPECTOS GERAIS

1.1. Caráter Instrumental

São poderes conferidos à Administração pelo ordenamento jurídico para que possam atingir a finalidade única, que é o interesse público. Sempre que esses instrumentos forem utilizados para finalidade diversa do interesse público, o administrador será responsabilizado e surgirá o abuso de poder.

Os poderes administrativos são, portanto, instrumentos que, utilizados dentro da lei, servem para que a Administração alcance a sua única finalidade, ou seja, o atendimento do interesse público.

Diversamente dos poderes do Estado, que são *estruturais*,os poderes da Administração são *instrumentais*.

1.2. Renúncia

Os poderes da Administração Pública são irrenunciáveis. Sendo necessária a utilização desses poderes, a Administração deverá fazê-lo, sob pena de ser responsabilizada. O exercício é obrigatório, indeclinável.

2. ESPÉCIES

2.1. Poder Regulamentar ou Poder Normativo

É o poder conferido aos Chefes do Executivo para editar decretos e regulamentos com a finalidade de oferecer fiel execução à lei. Decorre de disposição constitucional (art. 84, IV, CF/88).

Doutrinariamente, admite-se a existência de decretos autônomos e de execução. Autônomos são os que disciplinam matéria não versada em lei (posição de Hely Lopes Meirelles). Decretos de execução são os que visam garantir a execução de lei ou ato normativo (art.84, inc. IV, da CF). "Regulamento é o ato administrativo geral e normativo expedido privativamente pelo Chefe do Executivo (federal, estadual ou municipal), através de decreto, com o fim de explicar o modo e forma de execução da lei (regulamento de execução) ou prover situações não disciplinadas em lei (regulamento autônomo ou independente)." (Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro* – 26.ª ed., p.120).

A posição majoritária, entretanto, não aceita o decreto autônomo, visto que o disposto no art. 84, da CF/88 é claro quanto à expedição de decretos, os quais têm a finalidade de fiel execução da lei.

2.2. Poder Hierárquico

É o poder conferido à Administração para organizar a sua estrutura e as relações entre seus órgãos e agentes, estabelecendo uma relação de hierarquia entre eles.

Internamente, o poder hierárquico se desdobra para que se possa saber de quem o servidor deve cumprir ordens e quais as ordens que devem ser cumpridas por ele.

Externamente, desdobra-se para que se possa apreciar a validade do ato publicado, concluir se deverá ou não ser cumprido e saber contra quem se ingressará com o remédio judicial.

2.3. Poder Disciplinar

É o poder conferido à Administração para organizar-se internamente, aplicando sanções e penalidades aos seus agentes por força de uma infração de caráter funcional. Somente poderão ser aplicadas sanções e penalidades de caráter administrativo (ex.: advertências, suspensão, demissão etc.).

A expressão "agentes públicos" abrange todas as pessoas que se relacionam em caráter funcional com a Administração, ou seja, os agentes políticos, os servidores públicos e os particulares em colaboração com o Estado (ex.: jurados, mesários na eleição etc.).

A expressão "servidor público" abrange três pessoas:

- *funcionário público*: é o servidor que titulariza um cargo, sob regime estatutário;
- *empregado público*: é o servidor que titulariza um emprego, sob um regime celetista diverso daquele empregado na iniciativa privada;
- *contratado em caráter temporário*: são aqueles contratados diante de uma situação excepcional de interesse público (art. 37, IX, da CF).

Atualmente, opta-se por nominar de Agentes Administrativos os antigos funcionários públicos.

Todas as pessoas envolvidas na expressão “agentes públicos”, portanto, estarão sujeitas ao poder disciplinar da Administração. Só serão submetidos a sanções, entretanto, quando a infração for funcional, ou seja, infração relacionada com a atividade desenvolvida pelo agente público.

O exercício do poder disciplinar é um ato discricionário, visto que o administrador público, *ao aplicar sanções*, poderá fazer um juízo de valores (art. 128 da Lei n. 8.112/90 – Estatuto do Servidor Público da União). Não há discricionariedade ao decidir pela apuração da falta funcional, sob pena de cometimento do crime de condescendência criminal (art. 320, do CP).

Ao aplicar a sanção, o administrador deve levar em conta os seguintes elementos:

- atenuantes e agravantes do caso concreto;
- natureza e gravidade da infração;
- prejuízos causados para o interesse público;
- antecedentes do agente público.

Sempre que o administrador for decidir se será ou não aplicada a sanção, deverá motivá-la de modo que se possa controlar a regularidade de sua aplicação. Da mesma forma, o administrador que deixar de aplicar sanção deverá motivar a não aplicação da mesma.

O limite para o exercício do poder disciplinar será encontrado na cláusula do devido processo legal (art. 5.º, LIV, da CF/88). Dos

desdobramentos do art. 5.º da CF/88, importante é o inc. LV, que assegura o contraditório e a ampla defesa. Reunindo o conteúdo destes dois incisos, chega-se à conclusão de que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o contraditório e a ampla defesa.

A motivação do ato administrativo tem um duplo significado, i. e., mencionar o dispositivo legal aplicado e relacionar os fatos que concretamente levaram o administrador a usar aquele dispositivo de lei naquele caso concreto.

A motivação é obrigatória, visto que, com base nela, o agente público poderá praticar o contraditório e a ampla defesa.

A sindicância e o processo administrativo disciplinar assemelham-se pelo fato de que ambos servem para apurar irregularidades na Administração Pública. Distinguem-se quanto à matéria a ser apurada, pois o processo administrativo disciplinar serve para apurar qualquer irregularidade e a sindicância serve apenas para apurar algumas. Na área federal, a sindicância só serve para apurar irregularidades que possam ser penalizadas com suspensão por, no máximo, trinta dias.

Quando se faz uma sindicância, podem ocorrer três hipóteses:

- *ao término da sindicância, não é apurada nenhuma irregularidade*: será arquivada;
- *ao término da sindicância, apura-se algum tipo de irregularidade*: será ou não aplicada uma penalidade, que deverá ser suspensão por, no máximo, trinta dias;
- *a irregularidade apurada é mais grave do que se imaginou*: a sindicância resultará na instauração de um processo administrativo

disciplinar e o que foi utilizado na sindicância poderá ser utilizado nesse processo.

A ampla defesa e o contraditório deverão ser observados tanto na sindicância quanto no processo administrativo disciplinar, visto que os dois têm previsão de aplicação de pena.

O instituto da verdade sabida é o critério que autoriza a aplicação de penalidades e sanções sem contraditório e sem ampla defesa. A doutrina considera esse critério inconstitucional, tendo em vista a CF/88 garantir o contraditório e a ampla defesa.

2.4. Poder Vinculado

No ato vinculado, o administrador não tem liberdade para decidir quanto à atuação. A lei previamente estabelece um único comportamento possível a ser tomado pelo administrador no fato concreto; não podendo haver juízo de valores, o administrador não poderá analisar a conveniência e a oportunidade do ato.

2.5. Poder Discricionário

O ato discricionário é aquele que, editado debaixo da lei, confere ao administrador a liberdade para fazer um juízo de conveniência e oportunidade. A diferença entre o ato vinculado e o ato discricionário está no grau de liberdade conferido ao administrador.

Tanto o ato vinculado quanto o ato discricionário só poderão ser reapreciados pelo Judiciário no tocante à sua legalidade.

Convém distinguir poder discricionário e poder arbitrário, pois são diametralmente opostos:

Discricionariedade	Arbitrariedade
ação administrativa dentro dos limites estabelecidos pela lei	ação contrária ou excedente da lei
ato legal e válido	sempre ilegítimo e inválido

Segundo Hely Lopes Meirelles a atividade discricionária é justificada em virtude da impossibilidade do legislador catalogar na lei todos os atos que a prática administrativa exige.

DIREITO ADMINISTRATIVO

Poder de Polícia

1. CONCEITO

Poder de Polícia é o poder conferido à Administração para condicionar, restringir, frenar o exercício de direitos e atividades dos particulares em nome dos interesses da coletividade. Essa é uma definição construída pela doutrina.

Existe, no entanto, uma definição legal do poder de polícia que também surge como fato gerador do gênero tributo, a taxa. O art. 78 do CTN define o poder de polícia como "a atividade da Administração que, limitando ou disciplinando direitos, regula a prática de um ato em razão do interesse público".

O que autoriza o Poder Público a condicionar ou restringir o exercício de direitos e a atividade dos particulares é a supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

2. ABRANGÊNCIA

Quanto à abrangência, o poder de polícia se materializa por atos gerais ou atos individuais.

Ato geral é aquele que não tem um destinatário específico (ex.: ato que proíbe a venda de bebidas alcoólicas a menores – atinge todos os estabelecimentos comerciais).

Ato individual é aquele que tem um destinatário específico (ex.: autuação de um estabelecimento comercial específico por qualquer motivo, por exemplo, segurança).

O poder de polícia poderá atuar inclusive sobre o direito da livre manifestação do pensamento. Poderá retirar publicações de livros do mercado ou alguma programação das emissoras de rádio e televisão sempre que ferirem os valores éticos e sociais da pessoa e da família (ex.: livros que façam apologia à discriminação racial, programas de televisão que explorem crianças etc.).

3. LIMITE

A competência surge como limite para o exercício do poder de polícia, conforme disposto na CF/88. Quando o órgão não for competente, o ato não será considerado válido (art. 78 do CTN).

4. CARACTERÍSTICAS

O poder de polícia é um ato administrativo e como tal deverá ter as mesmas características, que são:

- presunção de legitimidade (presume-se o ato válido até que se prove o contrário);
- auto-executoriedade (pode-se executar o ato sem a autorização do Poder Judiciário, por conta do interesse público);
- imperatividade, coercitividade ou exigibilidade;
- discricionariedade.

Observações:

- A multa de trânsito é uma exceção à regra da auto-executoriedade; esta, para ser executada, deverá aguardar o prazo para a defesa de quem foi multado.
- Em algumas situações, o ato poderá ser vinculado, ou seja, quando a norma legal que o rege estabelecer o modo e a forma de sua realização.
- Não se deve confundir poder de polícia com atividade policial.

MÓDULO IV

DIREITO ADMINISTRATIVO

Estrutura e Organização da Administração

DIREITO ADMINISTRATIVO

Estrutura e Organização da Administração

1. NOÇÕES GERAIS DE SERVIÇO PÚBLICO

Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por quem lhe faça as vezes, mediante regras previamente estipuladas por ela, visando a preservação do interesse público. Dessa definição, deve-se tirar algumas conclusões importantes.

P.: Quem presta serviço público?

R.: A Administração Pública ou quem lhe faça as vezes. O titular da prestação de um serviço público é a Administração, e ela só poderá transferir a execução do serviço público para terceiros. Sendo a Administração a única titular da prestação do serviço público, ela poderá fiscalizar a execução desses serviços e aplicar sanções e penalidades. As agências reguladoras são criadas para fiscalizar essa prestação dos serviços públicos por terceiros (ex.: ANATEL).

P.: Como se presta o serviço?

R.: Mediante regras previamente fixadas pela Administração de forma unilateral, ou seja, a Administração fixa as regras de forma unilateral para evitar que os interesses particulares se sobressaiam aos interesses públicos (contratos de adesão). Todas as situações dentro de um contrato administrativo, que colocam a Administração em uma situação superior à terceiros, são chamadas "cláusulas exorbitantes".

P.: Para que?

R.: Para preservar o interesse da coletividade.

1.1. Classificação

O serviço público será:

- *Serviço público em sentido estrito*: é aquele privativo da Administração, ou seja, serviço que somente poderá ser prestado pela Administração, sendo indelegável (ex.: serviço de segurança nacional).
- *Serviço público de utilidade pública*: é aquele cuja execução não é privativa da Administração, ou seja, pode ser delegável a terceiros (ex.: gás, telefonia, energia elétrica, transporte, telecomunicações etc.).

1.2. Formas de Prestação

A execução do serviço público poderá ser:

- *Centralizada*: quando a execução do serviço estiver sendo feita pela Administração direta do Estado (ex.: Secretarias, Ministérios etc.).
- *Descentralizada*: quando estiver sendo feita por terceiros que não se confundem com a Administração direta do Estado. Esses terceiros poderão estar dentro ou fora da Administração Pública. Se estiverem dentro da Administração Pública, poderão ser autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista (Administração indireta do Estado). Se estiverem fora da Administração, serão

particulares e poderão ser concessionários, permissionários ou autorizados.

1.3. Diferença entre Descentralização e Desconcentração

As duas figuras dizem respeito à forma de prestação de um serviço público. Descentralização, entretanto, significa transferir a execução de um serviço público para terceiros que não se confundem com a Administração Direta, e a desconcentração significa transferir a execução de um serviço público de um órgão para o outro dentro da Administração Direta, permanecendo esta no centro.

2. ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

Integram a chamada Administração Indireta as paraestatais, que são terceiros que não integram o Estado (ex.: SENAC, SENAI etc.). São integrantes da Administração indireta as fundações, as autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Essas quatro pessoas serão criadas para a prestação de serviços públicos ou para a exploração de atividades econômicas, com o objetivo de aumentar o grau de especialidade e eficiência da prestação do serviço público.

O Poder Público só poderá explorar atividade econômica a título de exceção em duas situações previstas na CF/88, no seu art. 173:

- para fazer frente à uma situação de relevante interesse coletivo;

- para fazer frente à uma situação de segurança nacional.

O Poder Público não tem a obrigação de gerar lucro quando explora atividade econômica. Quando estiver atuando na atividade econômica, entretanto, estará concorrendo em grau de igualdade com os particulares, estando sob o regime do art. 170 da CF/88, inclusive quanto à livre concorrência.

2.1. Autarquias

2.1.1. Definição

As autarquias são pessoas jurídicas de direito público criadas para a prestação de serviços públicos, contando com capital exclusivamente público, ou seja, as autarquias são regidas integralmente por regras de direito público, podendo, tão-somente, serem prestadoras de serviços públicos e contando com capital oriundo da Administração Direta (ex.: INCRA, INSS, DNER, Banco Central etc.).

O Banco Central é uma autarquia de regime especial. Por força do art. 21 da CF/88, a competência para emissão de moedas é da União por meio do Banco Central. Também o Banco Central tem por finalidade fiscalizar as atividades desenvolvidas pelas instituições financeiras.

A OAB também é uma autarquia de regime especial e, em regra, todas as instituições criadas para regulamentar as profissões também são autarquias de regime especial.

O CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) é uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça.

2.1.1. Características

- *Dirigentes Próprios*: depois de criadas, as autarquias possuem uma vida independente, contando com dirigentes próprios.
- *Patrimônio Próprio.*
- *Liberdade Financeira*: as autarquias possuem verbas próprias (surgem como resultado dos serviços que presta) e verbas orçamentarias (são aquelas decorrentes do orçamento). Terão liberdade para manejar as verbas que recebem como acharem conveniente, dentro dos limites da lei que as criou.
- *Liberdade Administrativa*: as autarquias têm liberdade para desenvolver os seus serviços como acharem mais conveniente (comprar material, contratar pessoal etc.), dentro dos limites da lei que as criou.

2.1.2. Controle

Não existe hierarquia ou subordinação entre as autarquias e a Administração Direta. Embora não se fale em hierarquia e subordinação, há que se falar, entretanto, em um controle de legalidade, ou seja, a Administração direta controlará os atos das autarquias para observar se estão dentro da finalidade e dentro dos limites legais.

2.1.3. Criação (art. 37, XIX, CF/88)

A EC n. 19 dispõe que as autarquias serão criadas por lei específica de iniciativa do Poder Executivo (art. 61, § 1.º, II, "e", da CF/88). Cada autarquia criada deverá ter uma lei própria, uma lei específica.

2.1.4. Privilégios

As autarquias são dotadas dos mesmos privilégios que a Administração direta. Na área tributária, reflete como privilégio o art. 150, § 2.º, da CF/88. Na área processual, art. 188 do CPC.

2.1.5. Responsabilidade

As autarquias respondem pelas dívidas e obrigações contraídas por elas. A Administração direta tem responsabilidade subsidiária quanto às dívidas e obrigações das autarquias, ou seja, a Administração Direta somente poderá ser acionada depois de exaurido todo o patrimônio das autarquias.

As autarquias também terão responsabilidade objetiva quanto aos atos praticados pelos seus funcionários (art. 37, § 6.º, CF/88), respondendo pelos prejuízos que esses causarem a terceiros.

2.1.6 Falência

As autarquias não se submetem ao regime falimentar.

2.2. Fundações

2.2.1. Definição

Fundação é uma pessoa jurídica composta por um patrimônio personalizado, destacado pelo seu instituidor para atingir uma finalidade específica. As fundações poderão ser tanto de direito público quanto de direito privado.

Essa definição serve para qualquer fundação, inclusive àquelas que não integram a Administração indireta. No caso das fundações que integram a Administração indireta, quando forem dotadas de personalidade de direito público, serão regidas integralmente por regras de Direito Público. Quando forem dotadas de personalidade de direito privado, serão regidas por regras de direito público e direito privado.

Tanto uma quanto outra são compostas por patrimônio personalizado. No caso da fundação pública, é destacado pela Administração direta, que é o instituidor para definir a finalidade pública. Como exemplo de fundações, temos: IBGE (Instituto Brasileiro Geográfico Estatístico); Universidade de Brasília; FEBEM; FUNAI; Fundação Memorial da América Latina; Fundação Padre Anchieta (TV Cultura).

2.2.2. Características

- liberdade financeira;
- liberdade administrativa;
- dirigentes próprios;

- patrimônio próprio: patrimônio personalizado significa que sobre ele recaem normas jurídicas que o tornam sujeito de direitos e obrigações e ele está voltado a garantir que seja atingido a finalidade para qual foram criadas.

2.2.3. Controle

Não existe hierarquia ou subordinação entre a fundação e a Administração direta. O que existe é um controle de legalidade, um controle finalístico.

2.2.4. Criação

As fundações são criadas no ordenamento jurídico. Se sua personalidade for de direito público, será criada por lei específica (regras de Direito Público).

As fundações governamentais, sejam de personalidade de direito público, sejam de direito privado, integram a Administração Pública. A lei cria e dá personalidade para as fundações governamentais de direito público. As fundações governamentais de direito privado são autorizadas por lei e sua personalidade jurídica se inicia com o registro de seus estatutos.

2.2.5. Privilégios

As fundações são dotadas dos mesmos privilégios que a Administração direta, tanto na área tributária (ex.: imunidade prevista no art. 150 da CF/88), quanto na área processual (ex.: prazo em dobro previsto no art. 188 do CPC).

2.2.6. Responsabilidade

As fundações respondem pelas obrigações contraídas junto a terceiros. A responsabilidade da Administração é de caráter subsidiário, independente de sua personalidade, visto o seu patrimônio ser público.

2.2.7. Falência

As fundações não se submetem ao regime falimentar.

As fundações governamentais têm patrimônio público. Se extinta, o patrimônio vai para a Administração indireta, submetendo-se as fundações à ação popular e mandado de segurança. As particulares, por possuírem patrimônio particular, não se submetem à ação popular e mandado de segurança, sendo estas fundações são fiscalizadas pelo MP.

1. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

1.1. Definição

As sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de Direito Privado criadas para a prestação de serviços públicos ou para a exploração de atividade econômica, contando com capital misto e constituídas somente sob a forma empresarial de S/A.

As sociedades de economia mista são:

- Pessoas jurídicas de Direito Privado.
- Exploradoras de atividade econômica ou prestadoras de serviços públicos.
- Empresas de capital misto.
- Constituídas sob forma empresarial de S/A.

Alguns exemplos de sociedade mista:

- *Exploradoras de atividade econômica*: Banco do Brasil e Banespa.
- *Prestadora de serviços públicos*: Petrobrás, Sabesp, Metrô, CDHU (Companhia de Desenvolvimento Habitacional Urbano) e CPOS (Companhia Paulista de Obras e Serviços, empresa responsável pelo

gerenciamento da execução de contratos que envolvem obras e serviços públicos no Estado de São Paulo).

1.2. Características

As sociedades de economia mista têm as seguintes características:

- liberdade financeira;
- liberdade administrativa;
- dirigentes próprios;
- patrimônio próprio.

1.3. Controle

Não existe hierarquia ou subordinação entre as sociedades de economia mista e a Administração Direta, independentemente da função dessas sociedades. O que é possível é o controle de legalidade. Se os atos estão dentro dos limites da lei, as sociedades não estão subordinadas à Administração Direta, mas sim à lei que as autorizou.

1.4. Criação

As sociedades de economia mista integram a Administração Indireta e todas as pessoas que a integram precisam de lei para autorizar sua criação, sendo que elas serão legalizadas por meio do registro de seus estatutos.

A lei, portanto, não cria, somente autoriza a criação das sociedades de economia mista, ou seja, independentemente das atividades que desenvolvam, a lei somente autorizará a criação das sociedades de economia mista, não conferindo a elas personalidade jurídica (art. 37, XX, da CF/88).

1.5. Privilégios

Quanto aos privilégios, dependem da atividade desenvolvida:

- *sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica*: não faz jus aos privilégios da Administração Direta, visto a concorrência com a iniciativa privada (art. 173, § 1.º, II, e § 2.º, e art. 170, IV, da CF/88). Não se fala em livre concorrência se houver privilégios;

- *sociedade de economia mista prestadora de serviço público*: na área tributária, goza dos privilégios da Administração Direta, visto não existir regime de concorrência (art. 150, § 2.º, CF/88). Existe, entretanto, uma posição minoritária na doutrina que entende que o silêncio da CF significa que não se deve estender esse privilégio para as sociedades de economia mista. Na área processual, não possuem nenhum privilégio.

1.6. Responsabilidade

Necessário distinguir:

- *sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica*: ela mesma responde por suas obrigações, mas não na forma do § 6.º

do art. 37 da CF/88. Essa responsabilidade é subjetiva. O Estado não tem responsabilidade alguma, não podendo ser acionado;

- *sociedade de economia mista prestadora de serviço público*: possui responsabilidade objetiva. Se enquadra no § 6.º do art. 37 da CF/88. O Estado responde de forma subsidiária, ou seja, depois de exaurido o patrimônio da sociedade de economia mista.

1.7. Falência

- *Sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica*: quando explora atividade econômica, submete-se ao mesmo regime jurídico das empresas privadas, inclusive as comerciais. Logo, a sociedade mista que explora atividade econômica submete-se ao regime falimentar.

- *Sociedade de economia mista prestadora de serviço público*: não se submete ao regime falimentar, visto que não está sob regime de livre concorrência.

DIREITO ADMINISTRATIVO

1. EMPRESAS PÚBLICAS

1.1. Definição

Empresas públicas são pessoas jurídicas de Direito Privado, criadas para a prestação de serviços públicos ou para a exploração de atividades econômicas que contam com capital exclusivamente público e são constituídas por qualquer modalidade empresarial. Se a empresa pública é prestadora de serviços públicos, estará submetida a regime jurídico público. Se a empresa pública é exploradora de atividade econômica, estará submetida a regime jurídico igual ao da iniciativa privada.

Alguns exemplos de empresas públicas:

- *BNDS (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social)*: embora receba o nome de banco, não trabalha como tal. A única função do BNDS é financiar projetos de natureza social. É uma empresa pública prestadora de serviços públicos.

- *EMURB (Empresa Municipal de Urbanização)*: estabelece um contrato de gerenciamento com a Administração Pública. É a empresa responsável pelo gerenciamento e acompanhamento de todas as obras dentro do Município. É empresa pública prestadora de serviço público.

- *EBCT (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos)*: é prestadora de serviço público (art. 21, X, da CF/88).

- *Caixa Econômica Federal*: atua no mesmo segmento das empresas privadas, concorrendo com os outros bancos. É empresa pública exploradora de atividade econômica.

- *RadioBrás*: empresa pública responsável pela "Voz do Brasil". É prestadora de serviço público.

1.2. Características

As empresas públicas, independentemente da personalidade jurídica, têm as seguintes características:

- liberdade financeira: têm verbas próprias, mas também são contempladas com verbas orçamentárias;

- liberdade administrativa: têm liberdade para contratar e demitir pessoas, devendo seguir as regras da CF/88. Para contratar, deverão abrir concurso público; para demitir, deverá haver motivação. Poderão adquirir bens, mas deverá haver uma licitação;

- dirigentes próprios;

- patrimônio próprio.

1.3. Controle

Não existe hierarquia ou subordinação entre as empresas públicas e a Administração Direta, independentemente de sua função. Poderá a Administração Direta fazer controle de legalidade e finalidade dos atos das empresas públicas, visto que estas estão vinculadas àquela. Só é possível,

portanto, controle de legalidade finalístico.

1.4. Criação

A lei não cria, somente autoriza a criação das empresas públicas, ou seja, independentemente da atividade que desenvolvam, a lei somente autorizará a criação das empresas públicas, não conferindo a elas personalidade jurídica.

A empresa pública será prestadora de serviços públicos ou exploradora de atividade econômica. A CF/88 somente admite a empresa pública para exploração de atividade econômica em duas situações (art. 173 da CF/88):

- fazer frente a uma situação de segurança nacional;
- fazer frente a uma situação de relevante interesse coletivo.

A empresa pública deve obedecer aos princípios da ordem econômica, visto que concorre com a iniciativa privada. Quando o Estado explora, portanto, atividade econômica por intermédio de uma empresa pública, não poderão ser conferidas a ela vantagens e prerrogativas diversas das da iniciativa privada (princípio da livre concorrência).

1.5. Privilégios

Quanto aos privilégios, são concedidos conforme a atividade desenvolvida:

- *empresas públicas exploradoras de atividade econômica*: não são dotadas dos mesmos privilégios da Administração Direta, observado

o princípio da livre concorrência, ou seja, não se pode conferir a elas nenhum privilégio diverso daqueles conferidos às empresas privadas. O art. 173, § 1.º, II, da CF/88 dispõe que as empresas públicas que exploram atividade econômica terão as mesmas obrigações civis, trabalhistas, tributárias e comerciais das empresas privadas. Ainda o art. 173, § 2.º, dispõe que as empresas públicas não terão imunidade do art. 150, § 2.º, quando estiverem exercendo atividade econômica;

- *empresas públicas prestadoras de serviço público*: não existe livre concorrência. Na área tributária, ainda que a CF/88 não tenha mencionado, elas possuem os mesmos privilégios da Administração Direta, visto não estarem em regime de livre concorrência. Na área processual, entretanto, não têm privilégios.

1.6. Responsabilidade

Quanto à responsabilidade das empresas públicas, temos que:

- *empresas públicas exploradoras de atividade econômica*: a responsabilidade do Estado não existe, pois, se essas empresas públicas contassem com alguém que respondesse por suas obrigações, elas estariam em vantagem sobre as empresas privadas. Só respondem na forma do § 6.º do art. 37 da CF/88 as empresas privadas prestadoras de serviço público, logo, se a empresa pública exerce atividade econômica, será ela a responsável pelos prejuízos causados a terceiros (art. 15 do CC);

- *empresas públicas prestadoras de serviço público*: como o regime não é o da livre concorrência, elas respondem pelas suas obrigações e a Administração Direta responde de forma subsidiária. A

responsabilidade será objetiva, nos termos do art. 37, § 6.º, da CF/88.

1.7. Falência

- *Empresas públicas exploradoras de atividade econômica*: submetem-se a regime falimentar, fundamentando-se no princípio da livre concorrência.
- *Empresas públicas prestadoras de serviço público*: não se submetem a regime falimentar, visto não estarem em regime de concorrência.

DIREITO ADMINISTRATIVO

1. AGÊNCIAS REGULADORAS

1.1. Natureza Jurídica

São figuras muito recentes em nosso ordenamento jurídico. Possuem natureza jurídica de autarquias de regime especial, são pessoas jurídicas de Direito Público com capacidade administrativa, aplicando-se a elas todas as regras das autarquias.

Possuem como objetivo regular e fiscalizar a execução de serviços públicos. Elas não executam o serviço propriamente, elas o fiscalizam.

1.1.1. ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica)

É agência regulamentada pela Lei n. 9.427/96. É autarquia especial, vinculada ao Ministério das Minas e Energia. Foi criada para regular e fiscalizar a prestação ou execução de serviços de energia elétrica (art. 21, XII, "b", da CF/88). Dentro da regulação e da fiscalização da prestação de serviço público, poderá:

- abrir licitações;
- celebrar contratos;
- gerenciar a execução dos contratos;
- aplicar sanções e penalidades pelo descumprimento de seus contratos;

- resolver conflitos de interesses das concessionárias.

1.1.2. ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações)

É agência regulamentada pela Lei n. 9.472/97. É uma autarquia especial, vinculada ao Ministério das Telecomunicações. Foi criada para regular e fiscalizar a prestação ou execução de serviços na área de telecomunicações (art. 21, XI, da CF/88). Dentro da regulação e da fiscalização da prestação de serviço público, poderá:

- abrir licitações;
- celebrar contratos;
- gerenciar a execução dos contratos;
- aplicar sanções e penalidades pelo descumprimento de seus contratos;
- resolver conflitos de interesses das concessionárias.

1.1.3. ANP (Agência Nacional de Petróleo)

É regulamentada pela Lei n. 9.478/97. É uma autarquia especial vinculada ao Ministério das Minas e Energia. Foi criada para regular e fiscalizar a prestação ou execução de serviços relacionados ao petróleo (art. 177, § 1.º, da CF/88). Dentro da regulação e da fiscalização da prestação de serviço público, poderá:

- abrir licitações;
- celebrar contratos;

- gerenciar a execução dos contratos;
- aplicar sanções e penalidades pelo descumprimento de seus contratos;
- resolver conflitos de interesses das concessionárias;

1.1.4. ANS (Agência Nacional de Saúde)

É regulamentada pela Lei n. 9.961/00. É uma autarquia especial, vinculada ao Ministério da Saúde. Foi criada para regular e fiscalizar a prestação ou execução de serviços na área de saúde (arts. 196 e 197 da CF/88). Dentro da regulação e da fiscalização da prestação de serviço público, poderá:

- abrir licitações;
- celebrar contratos;
- gerenciar a execução dos contratos;
- aplicar sanções e penalidades pelo descumprimento de seus contratos;
- resolver conflitos de interesses das concessionárias.

2. AGÊNCIA EXECUTIVA

Trata-se de atributo conferido a certas autarquias e fundações por iniciativa da Administração Direta, visando atingir certas metas em troca de uma maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira por meio de um contrato de gestão. Não se cria uma nova figura, são apenas prerrogativas

dadas a autarquias e fundações temporariamente. O instrumento para conferir essas prerrogativas é o contrato de gestão, que está previsto em lei.

A diferença entre agência reguladora e agência executiva é que a primeira tem personalidade jurídica de Direito Público, sendo autarquia em regime especial, e a segunda configura um rótulo dado a autarquias e fundações, que amplia sua autonomia gerencial, orçamentária e financeira.

2.1. Contrato de Gestão

É um contrato administrativo celebrado entre a Administração Direta e a Indireta, visando o cumprimento de certas metas em troca de uma maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira (art. 37, § 8.º, da CF/88). Conteúdo do contrato de gestão:

- metas que devem ser atingidas;
- prazos em que as metas serão atingidas;
- instrumentos de controle (exercido pela Administração Direta);
- penalidades a serem aplicadas;
- termos da ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira.

3. ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Podem ser definidas como pessoa jurídica de Direito Privado, criada por particulares, sem fins lucrativos, que recebem esse rótulo para o desempenho

de serviços públicos não exclusivos do Estado. Esses serviços públicos são definidos pela Lei n. 9.637/98: saúde, ensino, meio ambiente, cultura e pesquisa científica.

Essas organizações sociais não integram a administração do Estado, mas estabelecem parcerias com ele para exercer os serviços públicos; estão ao lado dele (entes paraestatais). Essa parceria entre as organizações sociais e o Estado será firmada por meio de um contrato de gestão. A CF/88 dispõe sobre um contrato de gestão no seu art. 37, § 8.º Esse contrato de gestão disposto no art. 37 da CF/88, entretanto, não é o mesmo contrato de gestão disposto na Lei n. 9.637/98. A denominação é a mesma, mas as situações são diferentes. O contrato de gestão deverá prever:

- os serviços públicos que serão exercidos por essas organizações sociais;
- o prazo que elas têm para executar esses serviços;
- os instrumentos de fiscalização;
- as penalidades em caso de descumprimento.

As organizações sociais podem ser contratadas sem licitação (art. 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93) e recebem verbas ou dotações orçamentárias (verbas, pessoal e bens públicos).

4. SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

São todos aqueles instituídos por lei e que contêm uma personalidade de Direito Privado. Não possuem finalidade lucrativa e têm por único objetivo prestar assistência a certas categorias profissionais. Não integram a Administração Pública, mas estabelecem parceria com o Estado. Não exercem serviço público, mas sim serviços de interesse público, portanto, a parceria se deve ao interesse da Administração Pública em incentivar o desenvolvimento dessas atividades.

Os serviços sociais autônomos têm como fonte de renda dotações orçamentárias e contribuições parafiscais cobradas dos empregadores. Como exemplos de serviços sociais autônomos temos o SENAI, o SESC e o SENAC.

DIREITO ADMINISTRATIVO

Atos Administrativos

1. DEFINIÇÃO

Ato jurídico, segundo o art. 81 do CC, "é todo ato lícito que possui por finalidade imediata adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos".

Ato administrativo é espécie de ato jurídico, é ato infralegal.

Ato administrativo é toda manifestação lícita e unilateral de vontade da Administração ou de quem lhe faça as vezes, que agindo nesta qualidade tenha por fim imediato adquirir, transferir, modificar ou extinguir direitos e obrigações.

Os atos administrativos podem ser praticados pelo Estado ou por alguém que esteja em nome dele. Logo, pode-se concluir que os atos administrativos não são definidos pela condição da pessoa que os realiza. Tais atos são regidos pelo Direito Público.

Deve-se diferenciar o conceito de ato administrativo do conceito de ato da Administração. Este último é ato praticado por órgão vinculado à estrutura do Poder Executivo.

Nem todo ato praticado pela Administração será ato administrativo, ou seja, há circunstâncias em que a Administração se afasta das prerrogativas que possui, equiparando-se ao particular.

1.1. Atos da Administração que não são Atos Administrativos

- *Atos atípicos praticados pelo Poder Executivo*: são as hipóteses em que o Poder Executivo exerce atos legislativos ou judiciais.
- *Atos materiais praticados pelo Poder Executivo*: são atos não jurídicos que não produzem conseqüências jurídicas (p. ex.: um funcionário do Executivo datilografando algum documento).
- *Atos regidos pelo Direito Privado e praticados pelo Poder Executivo*: para que o ato seja administrativo, deverá, sempre, ser regido pelo Direito Público; então, se é ato regido pelo Direito Privado, é, tão-somente, um ato da Administração.
- *Atos políticos ou de governo praticados pelo Poder Executivo.*

1.2. Atos Administrativos que não são Atos da Administração

São todos os atos administrativos praticados em caráter atípico pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Judiciário.

2. PERFEIÇÃO, VALIDADE E EFICÁCIA

2.1. Ato Administrativo Perfeito

É o ato concluído, acabado, que completou o ciclo necessário à sua formação.

2.2. Ato Administrativo Válido

É o ato praticado de acordo com as normas superiores que devem regê-lo.

2.3. Ato Administrativo Eficaz

É aquele ato que está apto a produzir os seus efeitos. As causas que podem determinar a ineficácia do ato administrativo são três:

- a subordinação do ato a uma condição suspensiva, ou seja, o ato estará subordinado a um fato futuro e incerto. Enquanto o fato não acontecer, o ato será ineficaz;

- a subordinação do ato a um termo inicial, ou seja, o ato estará subordinado a um fato futuro e certo. Enquanto o fato não acontecer, o ato será ineficaz;

- a subordinação dos efeitos do ato à prática de outro ato jurídico.

3. REQUISITOS

São as condições necessárias para a existência válida do ato. Nem todos os autores usam a denominação “requisitos”; podem ser chamados elementos, pressupostos, etc.

Do ponto de vista da doutrina tradicional, os requisitos dos atos administrativos são cinco:

- *competência*: agente capaz;

- *objeto lícito*: pois são atos infralegais;
- *motivo*: este requisito integra os requisitos dos atos administrativos tendo em vista a defesa de interesses coletivos. Por isso existe a teoria dos motivos determinantes;
- *finalidade*: o ato administrativo somente visa a uma finalidade, que é a pública; se o ato praticado não tiver essa finalidade, ocorrerá abuso de poder;
- *forma*: somente a prevista em lei.

Existe, no entanto, uma abordagem mais ampla, com o apontamento de outros requisitos. Há certas condições para que o ato exista e há certas condições para que o ato seja válido. Os requisitos necessários para a existência do ato administrativo são chamados de *elementos* e os requisitos necessários para a validade do ato administrativo são chamados de *pressupostos*.

3.1. Elementos do Ato Administrativo

3.1.1. Conteúdo

É aquilo que o ato afirma, que o ato declara. O ato administrativo é, por excelência, uma manifestação de vontade do Estado. O que é declarado no ato será o seu conteúdo. Então o conteúdo é necessário para a existência do ato. Alguns autores utilizam-se da expressão "objeto" como sinônimos de conteúdo. É nesse sentido que "objeto" vem descrito nos cinco requisitos utilizados pela doutrinal tradicional.

3.1.2. Forma

É a maneira pela qual um ato é revelado para o mundo jurídico, é o modo pelo qual o ato ganha "vida" jurídica. Normalmente, os atos devem ser praticados por meio de formas escritas, no entanto, é possível que o ato administrativo seja praticado por meio de sinais ou de comandos verbais nos casos de urgência e de transitoriedade (p. ex.: placas de trânsito, farol, apito do guarda, etc.).

3.2. Pressupostos do Ato Administrativo

3.2.1. Competência

É o dever-poder atribuído a um agente público para a prática de atos administrativos. O sujeito competente pratica atos válidos. Para se configurar a competência, deve-se atender a três perspectivas:

- é necessário que a pessoa jurídica que pratica o ato tenha competência;
- é necessário que o órgão que pratica o ato seja competente;
- é necessário que o agente, a pessoa física, seja competente.

3.2.2. Vontade

É o "querer" que constitui o ato administrativo, ou seja, a manifestação de vontade para validar o ato administrativo. Se um ato administrativo for praticado com dolo, erro ou coação, ele poderá ser anulado. Não são todos os atos, no entanto, que têm a vontade como pressuposto para validade. Somente nos atos administrativos discricionários os vícios do consentimento são

relevantes, ou seja, se verificados, implicam a invalidade do ato. Nos atos vinculados, os vícios de consentimento são irrelevantes, tendo em vista que o sentido da vontade já foi dado por lei.

3.2.3. Motivo

É o acontecimento da realidade que autoriza ou determina a prática de um ato administrativo, ou seja, os atos administrativos irão acontecer após um fato da realidade. Ex.: está disposto que funcionário público que faltar mais de 30 dias será demitido. O funcionário "A" falta mais de trinta dias e é demitido. O motivo da demissão está no fato de "A" ter faltado mais de trinta dias.

O motivo determina a validade dos atos administrativos por força da *Teoria dos Motivos Determinantes*. Essa teoria afirma que os motivos alegados para a prática de um ato administrativo ficam a ele vinculados de tal modo que a prática de um ato administrativo mediante a alegação de motivos falsos ou inexistentes determina a sua invalidade.

Uma vez alegado um motivo ao ato, se for considerado inexistente, ocorrendo a invalidade do ato, não se poderá alegar outro motivo, visto que o primeiro que foi alegado fica vinculado ao ato por força da Teoria dos Motivos Determinantes. Ex.: um funcionário público ofende com palavras de baixo calão um superior. O superior demite o funcionário, mas utiliza como motivação o fato de ter o mesmo faltado mais de trinta dias. Sendo comprovado que o funcionário não faltou os trinta dias, a demissão é inválida e não poderá o superior alegar que o motivo foi a ofensa.

Não se pode confundir *motivo* com outras figuras semelhantes:

- *motivação*: é a justificação escrita, feita pela autoridade que praticou o ato e em que se apresentam as razões de fato e de direito que ensejaram a prática do ato. Difere do motivo, visto que este é o *fato* e a motivação é a *exposição escrita do motivo*. Há casos em que a motivação é obrigatória e nesses casos ela será uma formalidade do ato administrativo, sendo que sua falta acarretará a invalidade do ato. Existe, entretanto, uma polêmica doutrinária sobre quando se deverá determinar a obrigatoriedade da motivação. Quando a lei dispõe expressamente os casos em que a motivação é obrigatória, não existe divergência, ela irá ocorrer nos casos em que a lei nada estabelece;

Alguns autores entendem que a motivação será obrigatória em todos os casos de atos administrativos vinculados, e outros entendem que será obrigatória em todos os casos de atos administrativos discricionários. Alguns autores, no entanto, entendem que todos os atos administrativos, independentemente de serem vinculados ou discricionários, deverão obrigatoriamente ser motivados, ainda que a lei nada tenha expressado. Esse entendimento baseia-se no Princípio da Motivação (princípio implícito na CF/88). Esse princípio decorre do Princípio da Legalidade, do Princípio do Estado de Direito e do princípio que afirma que todos os atos que trazem lesão de direitos deverão ser apreciados pelo Poder Judiciário.

Existem exceções em que o ato administrativo pode validamente ser praticado sem motivação:

- quando o ato administrativo não for praticado de forma escrita;

- quando em um ato, por suas circunstâncias intrínsecas, o motivo que enseja a sua prática é induvidoso em todos os seus aspectos, permitindo o seu conhecimento de plano por qualquer interessado.

- *móvel:* é a intenção subjetiva com que um agente pratica um ato administrativo, ou seja, quando uma autoridade pratica um ato administrativo, possui uma intenção subjetiva e essa intenção é o móvel do ato administrativo. O móvel de uma autoridade pública pode ser valorado, ou seja, pode ser ilícito ou imoral. Isoladamente considerado, embora sendo ilícito ou imoral, o móvel não interfere na validade do ato, ou seja, não determina a invalidade do ato;
- *motivo legal do ato:* é o fato abstratamente descrito na hipótese da norma jurídica e que, quando se concretiza na realidade, propicia a prática do ato administrativo, ou seja, é a descrição do fato feita na norma jurídica que leva à prática do fato concreto (motivo). Não é uma característica unicamente do Direito Administrativo e sim da Teoria Geral do Direito.

Nem sempre os atos administrativos possuem motivo legal. Nos casos em que o motivo legal não está descrito na norma, a lei deu competência discricionária para que o sujeito escolha o motivo legal (p. ex.: a lei dispõe que compete ao prefeito demitir funcionários; neste caso a lei não descreveu o motivo legal, então o prefeito poderá escolher o motivo legal para a demissão).

Deve-se observar que qualquer competência discricionária tem um limite para a ação. O sujeito poderá escolher o motivo legal, entretanto terá limites

para isso. Esse limite está dentro do campo da razoabilidade. A autoridade deverá escolher um fato que guarde pertinência lógica com o conteúdo e com a finalidade jurídica do ato. Não havendo essa observância, a autoridade estará sendo arbitrária, indo além da sua liberdade discricionária, e o ato guardará um vício chamado de “abuso de autoridade”.

A Teoria dos Motivos Determinantes se aplica a todos os atos administrativos, sem exceção, valendo inclusive para os atos que não tenham motivo legal. Nos casos em que não houver motivo legal, a autoridade, por meio da motivação, deverá narrar os fatos que a levaram a praticar o ato. Assim, quando na motivação a autoridade descrever o motivo, este será considerado o motivo legal do ato e, sendo inexistente, o ato será inválido.

Causa do ato administrativo: há autores que entendem que “causa” seria sinônimo de “motivo”. Há autores, entretanto, que chamam de causa um outro pressuposto dos atos administrativos, ou seja, a causa seria um pressuposto diverso do motivo. Causa, então, seria o nexo de pertinência lógica que, obrigatoriamente, deve existir entre o motivo, o conteúdo e a finalidade do ato administrativo. Se não houver o nexo de pertinência lógica, o ato será inválido, não pelo motivo e sim porque o fato existente não tem pertinência lógica.

A causa será importante nos casos em que a lei não descrever o fato que vai desencadear o ato administrativo, ou seja, quando o ato não tiver motivo legal.

Essa idéia de causa é correta, mas não precisa ser analisada como pressuposto distinto. Deve ser colocada dentro do motivo, visto que, se o motivo autoriza a prática do ato administrativo, esse nexo de pertinência lógica entre o conteúdo e a finalidade deve existir no motivo. Se não houver esse nexo, o motivo não é idôneo e o fato escolhido não pode autorizar a prática do ato administrativo.

3.2.4. Requisitos procedimentais

Esse pressuposto não é apontado por todos os autores. Requisitos procedimentais são os atos jurídicos que, obrigatoriamente, devem ser praticados antes de outros para que esses últimos sejam válidos.

Às vezes a lei prevê uma seqüência para a prática dos atos administrativos e essa seqüência deverá ser respeitada, ou seja, se houver um ato antecedente para que um ato subseqüente seja considerado válido, esse ato antecedente também deve ser válido.

3.2.5. Finalidade do ato administrativo

É a razão jurídica pela qual um ato administrativo foi abstratamente criado pela ordem jurídica. A norma jurídica prevê que os atos administrativos devem ser praticados visando a um fim. Todo ato administrativo é criado para alcançar um mesmo fim, que é a satisfação do interesse público.

Porém, embora os atos administrativos sempre tenham por objeto a satisfação do interesse público, esse interesse pode variar de acordo com a situação (p. ex.: os fatos da realidade podem determinar que alguém seja punido, então o interesse público é essa punição). Em cada caso, cada situação, haverá uma resposta para o ato, haverá uma espécie específica de ato administrativo para cada situação da realidade.

A finalidade é relevante para o ato administrativo. Se a autoridade administrativa praticar um ato fora da finalidade genérica ou fora da finalidade específica, estará praticando um ato viciado que é chamado "desvio de poder ou desvio de finalidade". Normalmente no desvio de poder há móvel ilícito,

podendo, entretanto, haver exceções. Quando se tem no ato discricionário um móvel ilícito, nasce uma presunção de desvio de poder.

3.2.6. Formalidade

É a maneira específica pela qual um ato administrativo deve ser praticado para que se tenha por válido. Todo ato administrativo tem uma forma; entretanto, em alguns atos, a lei prevê que deve ser praticada uma forma específica.

DIREITO ADMINISTRATIVO

Atos Administrativos e sua Invalidação

1. ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Atributos são prerrogativas que existem por conta dos interesses que a Administração representa, são as qualidades que permitem diferenciar os atos administrativos dos outros atos jurídicos.

1.1. Presunção de Legitimidade

É a presunção de que os atos administrativos devem ser considerados válidos até que se demonstre o contrário, a bem da continuidade da prestação dos serviços públicos. Isso não quer dizer que não se possa contrariar os atos administrativos, o ônus da prova é que passa a ser de quem alega.

1.2. Imperatividade

Poder que os atos administrativos possuem de gerar unilateralmente obrigações aos administrados, independente da concordância destes. É a prerrogativa que a Administração possui para impor, exigir determinado comportamento de terceiros.

1.3. Exigibilidade ou Coercibilidade

É o poder que possuem os atos administrativos de serem exigidos quanto ao seu cumprimento sob ameaça de sanção. A imperatividade e a exigibilidade, em regra, nascem no mesmo momento. Excepcionalmente o legislador poderá diferenciar o momento temporal do nascimento da imperatividade e o da exigibilidade. No entanto, a imperatividade é pressuposto lógico da exigibilidade, ou seja, não se poderá exigir obrigação que não tenha sido criada.

1.4. Auto-executoriedade

É o poder que possuem os atos administrativos de serem executados materialmente pela própria administração independentemente de recurso ao Poder Judiciário.

A auto-executoriedade é um atributo de alguns atos administrativos, ou seja, não existe em todos os atos (p. ex: procedimento tributário, desapropriação etc.). Poderá ocorrer em dois casos:

- quando a lei expressamente prever;
- quando estiver tacitamente prevista em lei (nesse caso deverá haver a soma dos requisitos de situação de urgência e inexistência de meio judicial idôneo capaz de, a tempo, evitar a lesão).

2. EXTINÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

1.1. Cumprimento dos seus Efeitos

Todo ato existe para gerar efeitos; cumprindo todos os seus efeitos, não terá mais razão de existir sob o ponto de vista jurídico, sendo, então, considerado extinto (ex.: despacho que libera as férias de um servidor por 30 dias; passados os 30 dias, o ato cumpriu todos os seus efeitos e será extinto).

1.2. Desaparecimento do Sujeito ou do Objeto do Ato

Alguns atos destinam-se a certos sujeitos ou a certos objetos (bens). Se esse sujeito ou objeto perecer, o ato será considerado extinto (ex: funcionário sai de férias e vem a falecer durante elas; o ato que as concedeu será extinto por perecimento do sujeito).

1.3. Retirada

Extinção do ato administrativo em decorrência da edição de outro ato jurídico que o elimina. Existem diferentes formas de retirada do ato jurídico:

1.3.1. Anulação

É a retirada do ato administrativo em decorrência de sua invalidade. A anulação pode acontecer por via judicial ou por via administrativa. Ocorrerá por via judicial quando alguém solicita ao Judiciário a anulação do ato. Ocorrerá por via administrativa quando a própria Administração expede um ato anulando o antecedente, utilizando-se do princípio da autotutela, ou seja, a Administração tem o poder de rever os seus atos sempre que eles forem ilegais ou inconvenientes. Quando a anulação é feita por via administrativa, pode ser

realizada de ofício ou por provocação de terceiros. A anulação de um ato não pode prejudicar terceiros de boa-fé.

1.3.2. Revogação

É a retirada do ato administrativo em decorrência da sua inconveniência ou inoportunidade em face dos interesses públicos. Somente se revoga ato válido que foi praticado dentro da Lei. A revogação somente poderá ser feita por via administrativa.

	Anulação	**Revogação**
Fundamento	ILEGALIDADE	CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE
Legitimidade	ADMINISTRAÇÃO E JUDICIÁRIO	ADMINISTRAÇÃO
Efeitos	*EX TUNC*	*EX NUNC*

1.3.3. Cassação

É a retirada do ato administrativo em decorrência do beneficiário ter descumprido condição tida como indispensável para a manutenção do ato. Não se discute validade nem conveniência do ato. Se o beneficiário não atender às condições legais, o ato será cassado.

1.3.4. Contraposição ou derrubada

É a retirada do ato administrativo em decorrência de ser expedido outro ato fundado em competência diversa da do primeiro, mas que projeta efeitos antagônicos ao daquele, de modo a inibir a continuidade da sua eficácia (ex: a exoneração diante da nomeação).

1.3.5. Caducidade

É a retirada do ato administrativo em decorrência de ter sobrevindo norma superior que torna incompatível a manutenção do ato com a nova realidade jurídica instaurada. Entende-se, entretanto, que essa forma de retirada não existe no nosso ordenamento jurídico visto que a CF/88 resguarda os atos jurídicos perfeitos, não podendo a lei posterior atingir o ato jurídico perfeito.

2.2. Renúncia

É a extinção do ato administrativo eficaz em virtude de seu beneficiário não mais desejar a sua continuidade. A renúncia só tem cabimento em atos ampliativos, ou seja, que concedem privilégios e prerrogativas.

2.3. Recusa

É a extinção do ato administrativo ineficaz em decorrência do seu futuro beneficiário não manifestar concordância, tida como indispensável para que o ato pudesse projetar regularmente seus efeitos. Até que o beneficiário concorde

com o ato ele não produzirá seus efeitos, sendo ineficaz. Se o futuro beneficiário recusa a possibilidade da eficácia do ato, esse será extinto.

DIREITO ADMINISTRATIVO

Atos Administrativos e sua Invalidação

1. INVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

São atos inválidos os que estão em desacordo com a lei.

HELY LOPES MEIRELLES fala em invalidação como sendo gênero das espécies de anulação e revogação, sendo inválido o ato ilegal e inoportuno. Alguns autores, entretanto, entendem que ato inválido é apenas aquele ilegal, utilizando invalidação como sinônimo de anulação.

1.1. Categorias de Invalidade do Ato Administrativo

Existem diversas categorias de atos inválidos, contudo, há uma grande divergência na doutrina civilista em relação a quantas categorias existem. Alguns entendem que são três as categorias de invalidade do ato jurídico: nulos, anuláveis e inexistentes. Outros entendem que só existem atos nulos e anuláveis.

No Direito Administrativo, também há grande divergência. Os autores tradicionalistas entendem que se deve tratar da invalidade do ato da mesma forma que no Direito Privado. Outros autores entendem que não se pode colocar a distinção entre os atos inválidos da mesma forma que no Direito Privado, visto que no Direito Administrativo uma das partes representa o interesse público.

Há, entretanto, alguns doutrinadores que entendem que existem quatro categorias de atos administrativos inválidos:

- *Ato administrativo inexistente*: é aquele que possui uma aparência de ato administrativo, mas efetivamente não existe como tal (p. ex: um decreto assinado pelo Presidente da República, mas não publicado. Tem a aparência de ato, mas não é, visto a falta da publicação). O ato inexistente não traz conseqüências jurídicas e não produz efeitos nem obrigações.

- *Ato administrativo nulo*: é um ato que tem um vício que não pode ser convalidado, ou seja, o ato existe, mas possui um vício que não pode ser corrigido posteriormente. Não há operação jurídica que possa sanar o vício. Esse ato pode gerar efeitos.

- *Ato administrativo anulável*: é aquele ato que tem um vício que pode ser sanado, ou seja, é um ato que pode ser convalidado. O vício poderá ser corrigido, posteriormente, por uma operação jurídica. Esse ato também poderá gerar efeitos.

- *Ato administrativo irregular*: chamado por alguns autores de meramente irregular, é o ato que, embora portando um vício, não traz prejuízo a ninguém, ou seja, o vício é de tal natureza que não traz conseqüências nem perdas jurídicas para ninguém. Não há nulidade quando não há prejuízo. Não há necessidade de se corrigir o vício, visto esse não trazer conseqüências.

1.2. Convalidação do Ato Administrativo

É o ato administrativo que, com efeitos retroativos, sana vício de ato antecedente, de modo a torná-lo válido desde o seu nascimento, ou seja, é um ato posterior que sana um vício de um ato anterior, transformando-o em válido desde o momento em que foi praticado.

Há alguns autores que não aceitam a convalidação dos atos, sustentando que os atos administrativos somente podem ser nulos. Os únicos atos que se ajustariam à convalidação seriam os atos anuláveis.

Existem três formas de convalidação:

- *ratificação*: é a convalidação feita pela própria autoridade que praticou o ato;
- *confirmação*: é a convalidação feita por autoridade superior àquela que praticou o ato;
- *saneamento*: é a convalidação feita por ato de terceiro, ou seja, não é feita nem por quem praticou o ato nem por autoridade superior.

Alguns autores entendem que, verificado que um determinado ato é anulável, a convalidação será discricionária, ou seja, a Administração convalidará ou não o ato de acordo com a conveniência. Outros autores, tendo por base o princípio da estabilidade das relações jurídicas, entendem que a convalidação deverá ser obrigatória, visto que, se houver como sanar o vício de um ato, ele deverá ser sanado. É possível, entretanto, que existam obstáculos ao dever de convalidar, não havendo outra alternativa senão anular o ato.

Os obstáculos ao dever de convalidar são:

- *Impugnação do ato*: se houve a impugnação, judicial ou administrativa, não há que se falar mais em convalidação. O dever de convalidar o ato só se afirma se ainda não houve sua impugnação.

- *Decurso de tempo*: o decurso de tempo pode gerar um obstáculo ao dever de convalidar. Se a lei estabelecer um prazo para a anulação administrativa, na medida em que o decurso de prazo impedir a anulação, o ato não poderá ser convalidado, visto que o decurso de tempo o estabilizará – o ato não poderá ser anulado e não haverá necessidade de sua convalidação.

Não se deve confundir a *convalidação* com a *conversão* do ato administrativo. Alguns autores, ao se referirem à conversão, utilizam a expressão sanatória. Conversão é o ato administrativo que, com efeitos retroativos, sana vício de ato antecedente, transformando-o em ato distinto, de diferente categoria tipológica, desde o seu nascimento. Há um ato viciado e, para regularizar a situação, ele é transformado em outro, de diferente tipologia (p. ex: concessão de uso sem prévia autorização legislativa; a concessão é transformada em permissão de uso, que não precisa de autorização legislativa, para que seja um ato válido – conversão).

O ato nulo, embora não possa ser convalidado, poderá ser convertido, transformando-se em ato válido.

MÓDULO XI

DIREITO ADMINISTRATIVO

Licitação

DIREITO ADMINISTRATIVO

Licitação

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

O Poder Público não pode ter a liberdade que possuem os particulares para contratar. Ele deve sempre se nortear por dois valores distintos:

- *isonomia:* todo administrador público deve tratar igualmente todos os administrados;
- *probidade:* o Poder Público deve sempre escolher a melhor alternativa para os interesses públicos.

2. CONCEITO

Licitação é o procedimento administrativo por meio do qual o Poder Público, mediante critérios preestabelecidos, isonômicos e públicos, busca escolher a melhor alternativa para a celebração de um ato jurídico.

Preferiu-se optar por um conceito amplo (ato jurídico), que envolve tanto os atos administrativos quanto os contratos.

3. NATUREZA JURÍDICA

A licitação era, segundo um aspecto já superado, ora um procedimento, ora um ato administrativo.

Para GASTON GEZE, baseado nos ensinamentos de seu mestre DUGAID, a licitação era um ato administrativo, condição que investia alguém numa situação jurídica que poderia gerar uma contratação. (Obs.: ato administrativo era condição porque não era ato concreto, nem ato abstrato).

O entendimento predominante, no entanto, é aquele que se firma no sentido de que a licitação é um conjunto de atos, portanto, um procedimento.

4. DIREITO ADMINISTRATIVO OU DIREITO FINANCEIRO

A discussão, se a licitação é instituto do Direito Administrativo ou do Direito Financeiro, tinha relevância prática no passado porque um dispositivo da Constituição anterior preceituava que a licitação tinha natureza jurídica de Direito Financeiro, uma vez que disciplinava receitas e despesas públicas.

Nos dias atuais, a Constituição passou a legislar expressamente sobre licitação, superando tal discussão. A licitação é um instituto, por excelência, do Direito Administrativo (art. 22, inc. XXVII, da CF).

5. A LICITAÇÃO NÃO TEM EM SEU CONTEXTO UM ATO LICITATÓRIO

No Direito brasileiro, o ato licitatório não faz parte da licitação, ou seja, o contrato licitado é efetivamente diferente do procedimento da licitação.

O contrato não faz parte do procedimento licitatório. O vencedor da licitação poderá até não ser contratado. Ele tem apenas uma expectativa de direitos.

6. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA LICITAÇÃO

Art. 37, inc. XXI – "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

Esse inciso consagra um dos princípios da licitação, qual seja: o dever de licitar. A Administração direta ou indireta tem o dever de efetivar licitação, para contratar regularmente.

Art. 22. "Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1.º, III".

Compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação. Isso significa que outros entes federativos poderão legislar sobre normas específicas em matéria de licitação. Há, portanto, uma competência concorrente. Conclui-se, então, que todos podem editar leis sobre licitação, mas devem obedecer àquelas normas traçadas pela União.

As normas legislativas que venham da União são: normas gerais (de âmbito nacional) e normas estritamente federais (de âmbito da União). A doutrina não chega a um acordo sobre o que venha a ser uma norma geral. Pode-se dizer, contudo, que a norma geral abarca uma generalidade maior do que a da lei comum. Disso se extrai que a norma geral traz um comando genérico, permitindo a outra norma tratar do mesmo assunto.

O legislador estabeleceu, na Carta Magna, as normas gerais de caráter essencial para a licitação, tendo em vista a existência de entes federativos díspares. Com isso, visou unificar a licitação em todo o país.

O art. 173, § 1.º, inc. III, da Constituição Federal, trata especificamente das sociedades de economia mista e empresas públicas que exploram atividades econômicas.

O *caput* do art. 175 da Constituição Federal afirma que as concessões e as permissões de serviços públicos devem ser antecedidas de licitação.

7. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DA LICITAÇÃO

O Decreto-Lei n. 200/67 foi revogado pelo Decreto-Lei n. 2.300/86.

A Lei n. 8.666/93 disciplina as normas gerais da licitação e aplica-se a todo o país, conforme dispõe o seu art. 1.º.

Alguns autores acreditam que na Lei mencionada existem dois tipos de normas: normas gerais e normas específicas. As primeiras seriam de observância para todos, por se tratarem de normas de caráter geral. As últimas, no entanto, vinculariam apenas as licitações federais, ficando desobrigados os outros entes federativos. Outros autores chegam a catalogar a referida Lei, dizendo, artigo por artigo, quais são, ou não, normas gerais ou normas específicas. Incorrem em erro, pois não levam em conta uma diferença básica, qual seja: o artigo é uma unidade de redação, enquanto que a norma é uma unidade lógica, ou seja, toda norma tem hipótese e preceito.

8. PRINCÍPIOS GERAIS DA LICITAÇÃO

O art. 3.º da Lei n. 8.666/93 estabelece os princípios da licitação e termina sua redação observando: "... e dos princípios que lhe são correlatos". Dessa maneira, verifica-se que o rol de princípios previstos nesse artigo não é exaustivo.

8.1. Princípio da Legalidade, Impessoalidade, Publicidade e Moralidade

O art. 3.º, *caput*, da Lei 8.666/93 faz referência aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade. O princípio da eficiência não está relacionado. Isso porque, quando a Lei n. 8.666 surgiu, em 1993, ainda não existia o *caput* do art. 37 da Constituição Federal com sua redação atual ("...obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência"). Essa lhe foi dada, em 1998, com a EC n. 19.

8.2. Princípio da Isonomia (Igualdade Formal, ou Igualdade)

Está previsto no *caput* do art. 5.º da Constituição Federal.

Esse princípio não se limita a "os iguais devem ser tratados igualmente; os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida de suas desigualdades".

Para o Prof. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO, é errado imaginar que o princípio da isonomia veda todas as discriminações. Discriminar (retirando seu sentido pejorativo) é separar um grupo de pessoas para lhes atribuir tratamento diferenciado do restante. Nesse sentido, toda a norma jurídica discrimina, porque incide sobre algumas pessoas e sobre outras não.

P.: Quando o princípio da isonomia está, ou não, sendo respeitado? Quando a discriminação da norma é, ou não , compatível com o princípio da isonomia?

R.: Deve-se confrontar o fato, discriminado pela norma, com a razão jurídica pela qual a discriminação é feita, a fim de verificar se há ou não correspondência lógica.

Exemplos didáticos:

- Abertura de concurso público para o preenchimento de vagas no quadro feminino da polícia militar. Qual é o fato discriminado pela norma? É o sexo feminino. Qual é a razão jurídica pela qual a discriminação é feita? A razão jurídica da discriminação é o fato de que, em determinadas circunstâncias, algumas atividades policiais são exercidas de forma mais adequada por mulheres. Há, portanto, correspondência lógica entre o fato discriminado e a razão pela qual a discriminação é feita, tornando a norma compatível com o princípio da isonomia.
- Uma licitação é aberta, exigindo de seus participantes uma determinada máquina. Qual é o fato discriminado pela norma? É a determinada máquina. Qual é a razão jurídica pela qual a discriminação é feita? Essa pergunta pode ser respondida por meio de outra indagação: a máquina é indispensável para o exercício do contrato? Se for, a discriminação é compatível com o princípio da isonomia.

8.3. Princípio da Probidade

Ser probo, nas licitações, é escolher objetivamente a melhor alternativa para os interesses públicos.

8.4. Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

O instrumento convocatório é o ato administrativo que convoca a licitação, ou seja, é o ato que chama os interessados a participarem da

licitação; é o ato que fixa os requisitos da licitação. É chamado, por alguns autores, de "lei daquela licitação", ou de "diploma legal que rege aquela licitação". Geralmente vem sob a forma de edital, contudo, há uma exceção: o convite (uma modalidade diferente de licitação).

O processamento de uma licitação deve estar rigorosamente de acordo com o que está estabelecido no instrumento convocatório. Os participantes da licitação têm a obrigação de respeitar o instrumento convocatório.

8.5. Princípio do Julgamento Objetivo

Esse princípio afirma que as licitações não podem ser julgadas por meio de critérios subjetivos ou discricionários. Os critérios de julgamento da licitação devem ser objetivos, ou seja, uniformes para as pessoas em geral. Exemplo: em uma licitação foi estabelecido o critério do menor preço. Esse é um critério objetivo, ou seja, é um critério que não varia para ninguém. Todas as pessoas têm condições de avaliar e de decidir.

8.6. Princípios Correlatos aos do Art. 3.º da Lei n. 8.666/93

8.6.1. Princípio do procedimento formal (Prof. Hely Lopes Meirelles)

Estabelece que as formalidades prescritas para os atos que integram as licitações devem ser rigorosamente obedecidas.

8.6.2. Princípio da adjudicação compulsória

Esse princípio tem uma denominação inadequada.

Ele afirma que, se em uma licitação houver a adjudicação, esta deverá ser realizada em favor do vencedor do procedimento. Essa afirmação não é absoluta, uma vez que várias licitações terminam sem adjudicação.

8.6.3. Princípio do sigilo das propostas

É aquele que estabelece que as propostas de uma licitação devem ser apresentadas de modo sigiloso, sem que se dê acesso público aos seus conteúdos.

MÓDULO XII

DIREITO ADMINISTRATIVO
Licitação

Praça Almeida Júnior, 72 – Liberdade – São Paulo – SP – CEP 01510-010
Tel.: (11) 3346.4600 – Fax: (11) 3277.8834 – www.damasio.com.br

DIREITO ADMINISTRATIVO

Licitação

1. PRESSUPOSTOS

Não é somente com seus próprios meios, ou por intermédio de suas entidades ou órgãos, que a Administração Pública, gestora dos interesses da coletividade, realiza as suas atividades. Usualmente necessita contratar terceiros, e o faz, seja para aquisição, execução de serviços, locação de bens, seja para a concessão e permissão de serviços públicos, entre outros.

A escolha dos que serão contratados pela Administração Pública não pode decorrer de critérios pessoais do administrador ou de ajustes entre interessados. A escolha dos que serão contratados decorrerá do procedimento denominado *licitação*, de obrigatoriedade imposta por regra constitucional, à luz do art. 37, inciso XXI.

A obrigatoriedade de licitar alcança a Administração Pública direta e indireta, inclusive as entidades empresariais (art. 173, § 1.º, inc. III, da CF). As empresas públicas e as sociedades de economia mista, como dita aquela regra constitucional, podem possuir estatuto próprio, mas, para que possam contratar, também devem promover o certame licitatório.

A doutrina aponta a existência de, ao menos, três pressupostos da licitação, os quais decorrem de tudo quanto foi exposto:

- pressuposto lógico da licitação;
- pressuposto jurídico da licitação;

- pressuposto fático da licitação.

1.1. Pressuposto Lógico

A licitação é voltada à obtenção de um contrato, necessário à Administração Pública para o atendimento do interesse público (exemplo: construção de um prédio público). A definição de quem será contratado decorre da eleição ou seleção da melhor proposta, segundo critérios objetivos e previamente fixados.

Assim, o *pressuposto lógico da licitação* é a possibilidade de sua ocorrência, seja porque há diversos interessados ou porque o objeto pretendido pela Administração (tomando por exemplo a aquisição) pode ser fornecido por todos ou por quase todos os interessados.

1.2. Pressuposto Jurídico

A licitação viabiliza a realização de algo efetivamente necessário ou indispensável. A Administração Pública identifica a necessidade de certa contratação, comprova ou justifica tal situação e, somente a partir daí, realiza ou não a licitação. Jamais poderá ordenar a licitação apenas para servir ao desejo dos interessados. A licitação pressupõe a necessidade de atender ao interesse público, e esse é o seu *pressuposto jurídico* (a existência de um interesse público na contratação).

1.3. Pressuposto Fático

Por fim, somente é viabilizada a licitação se existentes diversos interessados na disputa. Se a licitação visa selecionar a melhor proposta, é lógico que pressupõe a existência de interessados e que esses possam concorrer. Constitui, então, *pressuposto fático* a possibilidade de participação de mais de um interessado a ser contratado, fornecedor ou prestador de serviços, na licitação. Se for certo que não haverá oportunidade para a confrontação de propostas, já que apenas determinada contratação atenderia eficazmente o interesse público, não deverá ser realizada a licitação.

2. EXCEÇÕES AO DEVER DE LICITAR

A nossa legislação prevê duas exceções ao dever de licitar:

- *Dispensa de licitação*: é a situação que se verifica sempre que, embora viável a competição em torno do objeto licitado, a lei faculte a realização direta do ato. Os casos de dispensa devem estar expressamente previstos em lei. Na Lei n. 8.666/93, há dois artigos que se referem aos casos de dispensa (art. 17 e art. 24).

- *Inexigibilidade de licitar*: quando é inviável a competição em torno do objeto que a Administração quer adquirir (art. 25 da Lei n. 8.666/93).

Ambas, *dispensa* e *inexigibilidade*, são formas de contratação direta sem licitação, sendo essa a única semelhança entre elas, e só podem ser vinculadas

por lei federal, porque se trata de norma geral.

Alguns autores mencionam a má técnica do legislador ao expressar o rol dos casos de dispensa, alegando que algumas dessas hipóteses seriam casos de inexigibilidade.

2.1. Hipóteses de Dispensa de Licitação

2.1.1. Licitação dispensada

É aquela que a própria lei declarou como tal.

O artigo 17 da Lei n. 8.666/93 cuida das hipóteses de dispensa de licitação em casos de alienação e cessão de uso de bens públicos.

No incico I, encontram-se as hipóteses de dispensa de licitações destinadas à alienação de bens imóveis.

O inciso II trata das hipóteses de dispensa de licitações destinadas à alienação de bens móveis.

Necessário se faz observar o § 4.º do artigo em estudo:

"§ 4.º: A doação com encargo *será licitada* e de seu instrumento constarão obrigatoriamente os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado."

2.1.2. Licitação dispensável

Nesse caso, a Administração pode dispensar a competição. A contratação direta existirá porque a competição, embora possível, não ocorrerá, por opção da Administração.

O artigo 24 da Lei n. 8.666/93 trata de todos os outros casos de dispensa que não se refiram à alienação e cessão de bens públicos:

- Incisos I e II: dispensam a licitação quando o bem for de pequeno valor.

- Inciso III: dispensa de licitação em casos de guerra e de grave perturbação da ordem. Apenas podem ser dispensados os contratos que tenham relação com a guerra ou com a perturbação da ordem.

- Inciso IV: dispensa de licitação em casos de emergência ou calamidade pública. A lei dispõe que, nos casos em que o Estado estiver emergencialmente necessitando contratar, poderá firmar um contrato sem licitação. Situação emergencial é aquela em que o decurso de tempo poderá ocasionar prejuízo ou dano (por esse motivo, a licitação deve ser dispensada). Os contratos firmados por emergência não podem ter prazo de vigência por mais de 180 dias.

- Inciso V: dispensa de licitação no caso de desinteresse pela licitação anterior, ou seja, deserção. Licitação deserta é aquela em que não aparecem interessados. As condições exigidas para que uma licitação deserta possa vir a ocasionar uma contratação sem licitação são: a Administração deve demonstrar que a realização de um novo procedimento licitatório lhe trará prejuízos e as condições de contratação devem ser as mesmas da licitação deserta.

- Inciso VI: poderá ser dispensada a licitação "quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento".

- Inciso VII: quando as propostas apresentadas revelarem preços excessivos, ou seja, superiores aos praticados no mercado nacional.

- Inciso VIII: dispensável a licitação "para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública...".

- Inciso IX: casos em que houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional.

- Inciso X: dispensável a licitação "para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo a avaliação prévia".

- Inciso XI: na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em conseqüência de rescisão contratual.

- Inciso XII: na compra de produtos perecíveis– a característica do bem permite a contratação direta.

- Inciso XIII: contratação de instituição brasileira, ou seja, é dispensável a licitação tendo em conta as pessoas que estão sendo contratadas.

- Inciso XIV: aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional, específico, aprovado pelo Congresso Nacional.

- Inciso XV: aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos.

- Inciso XVI: “para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da Administração e de edições técnicas oficiais, bem como para a prestação de serviços de informática à pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico”.

- Inciso XVII: “aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia”.

- Inciso XVIII: serviços e compras indispensáveis ao abastecimento de embarcações, aeronaves e tropas, quando fora de suas sedes e os prazos legais puderem comprometer a operação.

- Inciso XIX: materiais para as Forças Armadas.

- Inciso XX: contratação de serviços prestados por deficientes físicos.

- Inciso XXI: aquisição de bens destinados à pesquisa científica e tecnológica.

- Inciso XXII: “contratação do fornecimento ou suprimento de energia elétrica com concessionário, segundo as normas da legislação específica”.

- Inciso XXIII: “na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de

serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado".

- Inciso XXIV: "para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão".

A dispensa da licitação, tendo em vista os incisos acima, poderá ser caracterizada segundo 4 (quatro) critérios:

- em razão do valor;
- em razão da pessoa a ser contratada;
- em razão da situação;
- em razão do objeto.

2.2. Hipóteses de Inexigibilidade de Licitação

É inexigível licitação quando inviável a competição. No caso, contrata-se diretamente.

O que diferencia *dispensa* e *inexigibilidade* é que, na primeira, a competição é possível, mas a Administração poderá dispensá-la, enquanto a inexigibilidade é a possibilidade de contratação sem licitação, por ser a competição inviável.

O artigo 25 da Lei n. 8.666/93 enumera as hipóteses de inexigibilidade de licitação.

- Inciso I: "para aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes".

- Inciso II: trata de contratação direta quando o serviço for de natureza singular e desenvolvido por profissional notoriamente especializado. São necessários, portanto, dois requisitos: serviço de natureza singular (art. 13, incs. I a VIII) e realizado por profissional notoriamente especializado (no próprio art. 25, § 1.º, a lei dispõe quem é o profissional notoriamente especializado).

- Inciso III: contratação de profissional do setor artístico, desde que reconhecido pela crítica ou pela população.

O § 2.º do art. 25 dispõe sobre a responsabilidade solidária do fornecedor ou prestador de serviços e o agente público responsável pelos danos causados à Fazenda Pública.

O artigo 26 refere-se tanto à *dispensa* como à *inexigibilidade*, sendo necessária a motivação.

3. MODALIDADES DE LICITAÇÃO

A licitação pode ser processada de diversas maneiras. As modalidades de licitação estão dispostas no art. 22 da Lei n. 8.666/93, que prescreve cinco modalidades de licitação:

- Concorrência
- Tomada de preços
- Convite
- Concurso
- Leilão

Há uma modalidade de licitação que não consta no artigo citado acima, mas foi instituída por Medida Provisória: é a licitação por Pregão.

3.1. Concorrência

A concorrência está prevista no art. 22, § 1.º, da Lei n. 8.666/93 e pode ser definida como "modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto".

A concorrência pública é a modalidade de licitação utilizada, via de regra, para maiores contratações, aberta a quaisquer interessados que preencham os requisitos estabelecidos no edital.

É a modalidade mais completa de licitação. É destinada a contratos de grande expressão econômica, por ser um procedimento complexo e que exige o preenchimento de vários requisitos e a apresentação detalhada de documentos. A Lei prevê, no art. 23, a tabela de valores para cada modalidade de licitação.

3.2. Tomada de Preços

Prevista no art. 22, § 2.º, da Lei n. 8.666/93, pode ser definida como "modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação".

É uma modalidade mais simplificada, mais célere e, por esse motivo, não está voltada a contratos de grande valor econômico.

Essa modalidade de licitação era direcionada apenas aos interessados previamente cadastrados. Atualmente, o § 2.º do art. 22 da Lei em estudo dispõe, conforme transcrito acima, que também deverão ser recebidas as propostas daqueles que atenderem às condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas.

A tomada de preços, portanto, destina-se a dois grupos de pessoas previamente definidos:

- *Cadastrados*: para que a empresa tenha seu cadastro, deverá demonstrar sua idoneidade. Uma vez cadastrada, a empresa estará autorizada a participar de todas as tomadas de preço.
- *Não cadastrados*: se no prazo legal – três dias antes da apresentação

das propostas – demonstrarem atender aos requisitos exigidos para o cadastramento, poderão participar da tomada de preço.

Na tomada de preço, os licitantes têm seus documentos analisados antes da abertura da licitação e, por este motivo, é uma modalidade de licitação mais célere, podendo a Administração conceder um prazo menor para o licitante apresentar sua proposta.

3.3. Convite

O convite está previsto no art. 22, § 3.º, da Lei n. 8.666/93, e pode ser definido como "modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas".

É a modalidade mais simplificada de licitação e, por isso, é destinada a contratos de pequeno valor. Além de prazos mais reduzidos, o convite tem uma convocação restrita. Pela lei, somente dois grupos podem participar do convite:

- *Convidados*: a Administração escolhe no mínimo três interessados para participar da licitação e envia–lhes uma *carta-convite*, que é o instrumento convocatório da licitação.

- *Cadastrados, no ramo do objeto licitado, não convidados*: todos os cadastrados no ramo do objeto licitado poderão participar da licitação, desde que, no prazo de até 24h antes da apresentação das

propostas, manifestem seu interesse em participar da licitação. Alguns autores têm sustentado que essa exigência de manifestação dos cadastrados até 24h antes da apresentação das propostas seria inconstitucional, tendo em vista que fere o princípio da isonomia.

De acordo com a liberalidade da lei, esses são os dois grupos que podem participar do convite. Há, entretanto, uma construção interpretativa que entende que um terceiro grupo poderia participar da licitação:

- *Não cadastrados, não convidados, que demonstrem atender previamente aos requisitos exigidos para o cadastramento*: se para a tomada de preços, que é uma modalidade mais rigorosa, admite-se a participação dos não cadastrados que demonstrem atender previamente os requisitos exigidos para o cadastramento, não haveria lógica em não se autorizar os não cadastrados, nessa situação, a participarem do convite.

O art. 22, § 3.º, da Lei n. 8.666/93 deixa claro e induvidoso que a *carta-convite* deve ser afixada em local de acesso público, de forma que as pessoas não cadastradas ou não convidadas tomem conhecimento do convite e, se interessadas, possam participar da licitação.

3.4. Concurso

O art. 22, § 4.º, da Lei n. 8.666/93 prevê o concurso, que pode ser definido como “modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de

edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias”.

Essa modalidade de licitação não pode ser confundida com o concurso para provimento de cargo público. O concurso é uma modalidade de licitação específica, que tem por objetivo a escolha de um trabalho técnico, artístico ou científico.

Há quem diga que o concurso é uma modalidade de licitação discricionária, alegando que esses trabalhos, normalmente, são singulares e, por este motivo, não haveria necessidade de licitação (a Administração faria a licitação se achasse conveniente). O concurso não é, entretanto, uma modalidade discricionária, mas sim o objeto da licitação.

3.5. Leilão

Previsto no art. 22, § 5.º, da Lei n. 8.666/93, pode ser definido como “modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação”.

O leilão tem um objetivo próprio, visa a alienação de bens. Na redação original da Lei em estudo, o leilão somente se destina à alienação de bens móveis. A redação original, entretanto, foi modificada pela Lei n. 8.883/94, que passou a permitir que o leilão se destinasse, em certos casos, à alienação de bens imóveis.

O art. 19 dispõe que, nos casos de alienação de um bem que tenha sido

adquirido por via de procedimento judicial ou por dação em pagamento, a alienação pode ser feita por leilão. Nos demais casos, somente por concorrência.

3.6. Pregão

Modalidade licitatória inserida pela Medida Provisória n. 2.026, de maio de 2000 (atualmente reeditada pela Medida Provisória n. 2.182-16 de 28.6.2001).

É a modalidade de licitação voltada à aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital por meio de especificações do mercado.

Não há limite de valor especificado.

Essa modalidade só poderá ser usada pela União (é exclusiva dela).

DIREITO ADMINISTRATIVO

Licitação: Princípios e Modalidades

1. TIPOS DE LICITAÇÃO

A Lei n. 8.666/93 define os tipos de licitação no art. 45, § 1.º, ou seja, a maneira de julgamento de um procedimento licitatório. Nada impede, entretanto, que leis especiais disponham de forma diversa, trazendo regras específicas a esse procedimento.

Há a previsão de quatro tipos diferentes de licitação que podem ser aplicados a todas as modalidades (salvo a modalidade concurso, que pode adotar outros tipos de procedimento):

- *Menor preço*: o proponente vencedor será aquele que apresentar proposta com o menor valor nominal.
- *Melhor técnica*: será vitorioso o proponente que apresentar a proposta de melhor técnica dentro das especificações da Administração. É o instrumento convocatório aquele que define qual a melhor técnica e quais os critérios a serem observados.
- *Técnica e preço*: de acordo com os preceitos do instrumento convocatório, a Administração conjuga a melhor técnica e o menor preço (a proposta deverá apresentar técnica satisfatória e preço mais vantajoso).
- *Maior lance ou oferta*: será aplicado nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

Entre os quatro critérios apontados, dois são objetivos (menor preço e maior lance) e dois subjetivos (melhor técnica e técnica e preço).

O tipo regra é o de melhor preço. Os demais se aplicam aos casos expressamente previstos em lei.

Os tipos melhor técnica ou técnica e preço podem ser adotados no caso de serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento, e de serviços de engenharia consultiva em geral, principalmente para a elaboração de estudos técnicos preliminares, projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4.º do art. 45 da Lei n. 8.666/93.

Alguns doutrinadores entendem que, para essas hipóteses, os tipos melhor técnica ou técnica e preço devem prevalecer. Como são tipos excepcionais, entretanto, não há como torná-los obrigatórios. À Administração é facultado adotá-los. Para isso, será necessária autorização expressa da autoridade de maior nível hierárquico da Administração promotora da licitação (art. 46, § 3.º, da Lei n. 8.666/93).

O art. 45, § 4.º, "Contratação de bens e serviços de informática", dispõe que o tipo obrigatório para esses casos é o de técnica e preço, permitindo o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo.

O tipo melhor lance pode ser adotado nos casos de alienações ou de concessões de direito real de uso (art. 45, § 1.º, inc. IV, da Lei n. 8.666/93). Nos casos de concessão de uso ou permissão de uso, analogicamente, pode ser usado o tipo melhor lance.

2. FASES DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

A licitação, procedimento administrativo que visa selecionar a proposta mais vantajosa para a contratação com a Administração, é um conjunto de atos que pode ser dividido em diversas fases.

Alguns autores entendem que o ato em que se inicia a licitação é a publicação do instrumento convocatório. O art. 38 da Lei n. 8.666/93, no seu *caput*, entretanto, dispõe que o procedimento da licitação será iniciado com a abertura do processo administrativo (que ocorre antes da publicação do instrumento convocatório).

Os autores dividem a licitação em duas fases: interna e externa.

A fase interna tem início com a decisão de realizar o procedimento licitatório. Reúne todos os atos que, pela lei, devem anteceder o momento da publicação do instrumento convocatório.

Não há uma definição da seqüência dos atos que devem ser praticados na fase interna, o que fica a critério de cada Administração. Com a publicação do instrumento convocatório, encerra-se a fase interna.

A fase externa é iniciada com a publicação do instrumento convocatório, que se destina aos interessados em contratar com a Administração.

Nessa fase, as etapas do processo são perfeitamente definidas e a seqüência deve ser obrigatoriamente observada:

- edital;
- apresentação da documentação e das propostas;

- habilitação;
- classificação;
- adjudicação;
- homologação.

Para alguns autores, a homologação estaria antes da adjudicação.

2.1. Edital

O edital reflete a lei interna das licitações e obriga as partes envolvidas às suas regras, decorrência do princípio da vinculação ao edital, que deve ser respeitado tanto pela Administração quanto pelos participantes.

2.1.1. Conteúdo do edital

O art. 40 da lei em estudo dispõe sobre o conteúdo do edital:

- objeto da licitação, que não poderá ser descrito genericamente;
- prazos e condições para a assinatura do contrato ou para a retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64;
- garantias para a execução do contrato;
- sanções para o caso de inadimplemento;
- local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;

- critério de julgamento das propostas;
- condições de pagamento.

2.1.2. Impugnação administrativa ao edital

As regras constantes do edital poderão ser impugnadas pelos licitantes (no prazo de dois dias) ou por qualquer cidadão (art. 41, § 1.º) que entender ser o edital discriminatório ou omisso em pontos essenciais.

2.2. Apresentação das Propostas

As propostas são as ofertas feitas pelos licitantes. A lei exige um prazo mínimo a ser observado entre o momento da publicação do instrumento convocatório e o da apresentação das propostas. Esse prazo variará de acordo com a modalidade, o tipo e a natureza do contrato (art. 21 da Lei n. 8.666/93).

A proposta deve ser apresentada em envelope lacrado, por força do princípio do sigilo das propostas, diverso do envelope referente aos documentos necessários para habilitação. Devassar o conteúdo de uma proposta é crime previsto pela Lei das Licitações. Assim, o licitante deve apresentar no mínimo dois envelopes: o primeiro contendo a documentação relativa à capacitação do licitante, condições técnicas, econômicas, jurídicas e fiscais, e o segundo, a proposta propriamente dita.

Em certos tipos de licitação (melhor técnica e técnica e preço), deverão ser entregues três envelopes. A proposta deve ser desdobrada em dois deles: um deve conter a proposta de técnica e o outro a de preço; no terceiro, deve ser incluída a documentação sobre a capacitação do licitante.

Os envelopes são encaminhados à comissão de licitação, composta por, no mínimo, três servidores. Excepcionalmente, no convite, pode haver o julgamento por apenas um servidor, e, no leilão, não há comissão de julgamento, mas leiloeiro.

2.3. Habilitação

Nessa fase, o objetivo da Administração Pública é o conhecimento das condições pessoais de cada licitante. O órgão competente examinará a documentação apresentada, habilitando-a ou não.

O art. 27 dispõe sobre a documentação exigida dos interessados:

- habilitação jurídica;
- qualificação técnica;
- qualificação econômico-financeira;
- regularidade fiscal;
- cumprimento ao inc. XXXIII, art. 7.º, da Constituição Federal.

O art. 28 trata da documentação relativa à habilitação jurídica, documentos que demonstrarão que o licitante estará apto a exercer direitos e a contrair obrigações.

O art. 29 refere-se à habilitação fiscal. Serão analisadas a existência de débitos do licitante com a Administração Pública e sua regularidade com a Seguridade Social (art. 195, § 3.º, da Constituição Federal).

Quanto à qualificação técnica, as exigências encontram-se relacionadas no art. 30 da lei em estudo, "Demonstração da capacidade para executar o contrato". Ex.: possuir equipamento, material e mão-de-obra suficientes para a execução do contrato.

O art. 31 dispõe sobre a habilitação financeira. A documentação exigida possibilita a análise da saúde financeira do licitante em suportar o cumprimento do contrato.

O licitante deverá, ainda, demonstrar que tem qualificação trabalhista e cumpre a proibição imposta pelo art. 7.º, inc. XXXIII, da Constituição Federal.

A lei faculta a possibilidade de a Administração Pública se utilizar de registros cadastrais de outros órgãos de entidades públicas (art. 34, § 2.º, da Lei n. 8.666/93).

Se o licitante demonstrar possuir as condições necessárias, será considerado habilitado e poderá passar para a fase seguinte. Os inabilitados, ao contrário, serão excluídos da licitação, recebendo os seus envelopes com as propostas devidamente lacradas.

2.4. Classificação

É a etapa do procedimento licitatório em que são apreciadas e julgadas as propostas dos licitantes habilitados. Nesse momento, serão abertos os envelopes das propostas comerciais.

O processamento da fase de classificação variará de acordo com o tipo de procedimento (tipificado no art. 45 da lei em estudo).

2.4.1. Desclassificação das propostas

A desclassificação das propostas está disciplinada no art. 48, *caput*, da Lei n. 8.666/93:

- Inc. I – serão desclassificadas “as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação”.

- Inc. II – “propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexeqüíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação”.

O inc. II dispõe sobre duas situações distintas:

- o licitante apresenta proposta com valor superior ao limite máximo previsto no instrumento convocatório;

- falta de seriedade econômica da proposta.

Admite-se que o instrumento convocatório contenha um parâmetro relativo ao valor do objeto. O licitante que apresentar uma proposta abaixo do parâmetro mínimo especificado deverá demonstrar como executará o contrato. Caso demonstre, a proposta poderá ser classificada; se não demonstrar, será desclassificada.

Há certas hipóteses em que a estipulação do valor mínimo é obrigatória (art. 48, § 1.º, da Lei n. 8.666/93), como nos contratos que envolvem serviços de engenharia; nesses casos, sempre que a proposta estiver abaixo do percentual que a lei prescreve, o licitante deverá demonstrar como cumprirá o contrato (é um parâmetro legal que independe da vontade do administrador).

Se uma proposta trouxer uma vantagem extraordinária que não esteja explícita no instrumento convocatório, a Administração deve desconsiderá-la, como se não estivesse escrita, e julgar apenas a parte que está em conformidade com o instrumento convocatório (art. 44, § 2.º, da Lei n. 8.666/93).

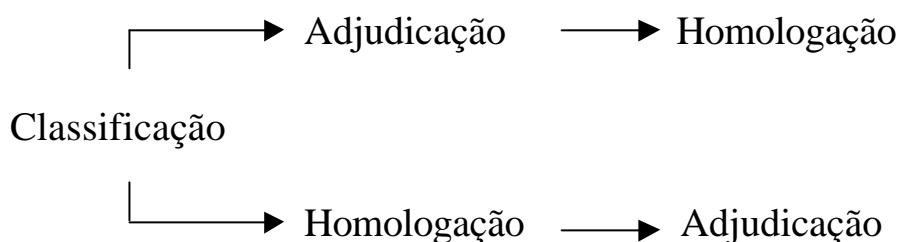
Se todas as propostas forem inabilitadas ou desclassificadas, verifica-se o que se chama de "licitação fracassada". Nesse caso, a lei faculta à Administração tentar "salvar" a licitação (art. 48, § 3.º, da Lei n. 8.666/93), permitindo que todos os inabilitados apresentem nova documentação ou todos os desclassificados apresentem nova proposta (o prazo para apresentação de documentos ou propostas é de oito dias).

Quando o tipo de licitação for o de melhor técnica, processa-se de acordo com o regulado pelo art. 46, §1.º, da Lei n. 8.666/93. Deverão ser apresentados dois envelopes. Os da proposta técnica deverão ser abertos primeiro. Com o resultado do julgamento técnico, abrem-se os envelopes da proposta preço. O administrador deverá comparar o preço apresentado pelo licitante vencedor do julgamento técnico com o menor preço apresentado pelos demais licitantes. Se o preço do vencedor estiver muito acima, pode-se fazer uma tentativa de acordo para diminuição do valor; se não houver acordo a Administração, poderá ser afastado o primeiro colocado e iniciar-se-á uma negociação com o segundo, e assim por diante.

Quando o tipo for técnica e preço, em primeiro lugar serão abertos os envelopes da proposta técnica. Concluído o julgamento, abrem-se os envelopes da proposta preço, havendo o julgamento deste. Encerrado, combinam-se as propostas conforme o critério determinado no instrumento convocatório. Nesse tipo de licitação, não se faz acordo como no anterior.

2.5. Homologação e Adjudicação

Classificação → Adjudicação → Homologação

Classificação → Homologação → Adjudicação

Para aqueles que defendem que a próxima fase é a adjudicação, após esta, abrir-se-á prazo para recurso, e o processo será encaminhado a uma comissão superior para homologação. No caso, a classificação e a adjudicação seriam feitos pela Comissão de Licitação.

Para aqueles que defendem que a fase de homologação é anterior à adjudicação, o julgamento da licitação é feito na fase de classificação, abrindo-se, logo após esta, oportunidade para recurso, então encaminhando-se o processo à autoridade superior para homologação e em seguida para adjudicação.

Homologação é o ato administrativo pelo qual a autoridade superior manifesta sua concordância com a legalidade e conveniência do procedimento licitatório.

Adjudicação é o ato administrativo pelo qual se declara como satisfatória a proposta vencedora do procedimento e se afirma a intenção de celebrar o contrato com o seu ofertante.

A divergência na doutrina advém do disposto nos arts. 38, inc. VII, e 43, inc. VI, ambos da Lei n. 8.666/93. Observadas, entretanto, as formas de processamento, é correto afirmar que o mais adequado é o disposto no art. 43, tendo em vista que o art. 38 trata da juntada de documentos. Ainda, não é lógico adjudicar antes da homologação pela autoridade superior, entretanto, se isto ocorrer, não se deve considerar nula a licitação.

O primeiro classificado não tem direito subjetivo à adjudicação.

O adjudicatário não tem direito subjetivo ao contrato, visto que a Administração poderá revogar a licitação antes da assinatura do contrato.

São efeitos da adjudicação:

- direito do adjudicatório de assinar o contrato, na hipótese de ele vir a ser celebrado;
- liberação dos demais proponentes em relação às propostas apresentadas;
- direito da Administração de, no prazo de validade da proposta, exigir do adjudicatário o aperfeiçoamento do contrato nos termos resultantes do procedimento licitatório.

O adjudicatário que se recusar a assinar o contrato será considerado inadimplente, ou seja, ficará na mesma situação daquele que assinar o contrato e não o cumprir. Responderá por perdas e danos e sofrerá as sanções

administrativas previstas no art. 87 da Lei n. 8.666/93,que serão aplicadas de acordo com o comportamento do adjudicatário.

Havendo a recusa (justificada ou injustificada), a lei admite a possibilidade de a Administração propor a assinatura do contrato ao segundo colocado, nos termos da proposta vencedora. Se houver concordância do segundo colocado, o contrato será firmado; se ele não concordar, a Administração poderá propor ao terceiro colocado, e assim por diante, sempre nos termos da proposta vencedora.

2.6. Anulação

Anular é extinguir um ato ou um conjunto de atos em razão de sua ilegalidade. Quando se fala, portanto, em anulação de uma licitação, pressupõe-se a ilegalidade da mesma, pois anula-se o que é ilegítimo. A licitação poderá ser anulada pela via administrativa ou pela via judiciária.

A anulação de uma licitação pode ser total (se o vício atingir a origem dos atos licitatórios) ou parcial (se o vício atingir parte dos atos licitatórios).

2.6.1. Anulação pela via administrativa

Está disciplinada no art. 49 da Lei n. 8.666/93. A autoridade competente para a aprovação do procedimento será competente para anular a licitação. O § 3.º do mesmo art. dispõe, ainda, que, no caso de anulação da licitação, ficam assegurados o contraditório e a ampla defesa. A anulação da licitação deve vir acompanhada de um parecer escrito e devidamente fundamentado.

Nada impede que, após a assinatura do contrato, seja anulada a licitação e, reflexamente, também o contrato firmado com base nela (art. 49, § 2.º, da Lei n. 8.666/93).

A anulação da licitação, em regra, não gera o dever de indenizar (art. 49, § 1.º), salvo na hipótese do par. ún. do art. 59 da Lei n. 8.666/93, que disciplina a indenização do contratado se este não tiver dado causa ao vício que anulou o contrato (indenização pelos serviços prestados e pelos danos sofridos). Nos casos em que a anulação da licitação ocorrer após a assinatura do contrato e o contratado não tiver dado causa ao vício, será a Administração, portanto, obrigada a indenizar.

Há uma corrente intermediária que entende que o dever de indenizar existirá se tiver ocorrido a adjudicação somente em relação ao adjudicatário, independentemente da assinatura ou não do contrato.

2.7. Revogação

Revogar uma licitação é extingui-la por ser inconveniente ou inoportuna. Desde o momento em que a licitação foi aberta até o final da mesma, pode-se falar em revogação. Após a assinatura do contrato, entretanto, não poderá haver a revogação da licitação.

A revogação também está disciplinada no art. 49 da Lei n. 8.666/93, que restringiu o campo discricionário da Administração: para uma licitação ser revogada, é necessário um fato superveniente, comprovado, pertinente e suficiente para justificá-lo.

Somente se justifica a revogação quando houver um fato posterior à abertura da licitação e quando o fato for pertinente, ou seja, quando possuir

uma relação lógica com a revogação da licitação. Ainda deve ser suficiente, quando a intensidade do fato justificar a revogação. Deve ser respeitado o direito ao contraditório e ampla defesa, e a revogação deverá ser feita mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

Quanto à indenização, no caso, a lei foi omissa, fazendo alguns autores entenderem que há o dever de indenizar, fundamentado no art. 37, § 6.º, da Constituição Federal de 1988. A posição intermediária, entretanto, entende que somente haveria indenização nos casos de adjudicação em relação ao adjudicatário pelos prejuízos que sofreu, mas não pelos lucros cessantes.

2.8. Desistência do Proponente

Até o final da fase de habilitação, o licitante pode, legitimamente, desistir da licitação, visto que sua proposta ainda não foi conhecida. Abertos os envelopes na fase de classificação, porém, o licitante não poderá desistir, salvo nos casos de fato superveniente que justifique a sua desistência (a justificação deve ser aceita pela Comissão de Licitação).

3. SANÇÕES PENAIS

Os arts. 89 a 98 da Lei n. 8.666/93 tipificam as condutas criminosas e as respectivas penas, que serão de detenção (variável de seis meses a dois anos) ou de multa (fixada entre 2% e 5% do valor do contrato, revertendo-se à Fazenda da entidade licitante).

MÓDULO XIV

DIREITO ADMINISTRATIVO

DIREITO ADMINISTRATIVO

1. LICITAÇÕES – RECURSOS

A Lei n. 8.666/93 prevê, no Cap. V – art. 109, três tipos de recursos possíveis no processo licitatório:

- recurso hierárquico;
- representação;
- pedido de reconsideração.

Os três recursos aperfeiçoam o sistema de controle interno da licitação, por serem conhecidos e processados pela própria Administração Pública, não se confundindo com o direito de petição (art. 5.º, inc. XXXIV, da CF) nem com a possibilidade de representação, seja ao Ministério Público ou ao Tribunal de Contas. Tais instrumentos (petição e representação) podem ser exercitados por qualquer pessoa e serão ou não atendidos além dos limites da Administração-licitante.

a) Recurso hierárquico

O recurso hierárquico (ou recurso administrativo em sentido estrito) é cabível contra:

- habilitação ou inabilitação do licitante;

- julgamento das propostas;
- anulação ou revogação da licitação;
- indeferimento, alteração ou cancelamento de inscrição no registro cadastral.

O prazo para a interposição será de 5 dias, salvo se a modalidade for a do convite e o recurso dirigido contra a habilitação, ou inabilitação, e contra o julgamento, hipóteses em que será de 2 dias úteis. O prazo é contado a partir da intimação ou da lavratura do termo (para os que estiverem presentes).

b) Representação

Cabe a representação contra decisões havidas no processo licitatório e que não comportam recurso hierárquico. É dirigida à autoridade superior para que se altere decisão emanada da autoridade inferior (Ex.: modificação do objeto da licitação).

c) Pedido de reconsideração

O pedido de reconsideração é cabível contra decisão que impôs as sanções de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. É dirigido ao ministro de Estado ou ao secretário estadual ou municipal, no prazo de 10 dias úteis.

1.1. Efeitos e Processamento

Os recursos operam efeitos devolutivos, salvo aqueles contra habilitação ou inabilitação e julgamento das propostas, que sempre produzirão efeitos *suspensivos*, conforme dispõe o § 2º do art. 109 da Lei n. 8.666/93.

Os demais apenas produzirão efeitos *suspensivos* por decisão da autoridade destinatária do recurso. A decisão, que concede ou não o aludido efeito, é discricionária. Para conceder o referido efeito, porém, deverá a autoridade motivar o ato, indicando o interesse público presente.

A interposição dos recursos hierárquico e de representação deve ser comunicada aos demais licitantes, que poderão impugná-los no prazo de 5 dias úteis.

Sempre que um recurso for provido, os efeitos serão retroativos, alcançando o ato desde a sua edição.

Se não ocorrer a interposição de recursos, ou seja, se os licitantes não impugnarem as decisões no curso do processo licitatório, decaindo do direito de recorrer, aqueles atos passarão a ser definitivos, operando-se a preclusão administrativa, ou coisa julgada administrativa.

Como dito, o sistema de recursos não se confunde com a possibilidade de representação ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público (como permite o art. 113) ou com o direito de petição. Ambos podem ser exercitados por qualquer pessoa, e não apenas pelos proponentes ou licitantes. Em verdade, a comunicação ao Tribunal de Contas (ver art. 74, § 2.º, da CF) é autêntica denúncia.

2. LICITAÇÕES – CRIMES

A Lei n. 8.666/93 descreve condutas típicas, permitindo a apuração da responsabilidade penal, independentemente da responsabilização administrativa e civil.

A despeito de a referida lei somente ser inteiramente aplicável na órbita da Administração Pública Federal, os dispositivos que consagram a responsabilização penal constituem normas gerais, daí serem aplicáveis em todo o território nacional. Estados, Distrito Federal e Municípios não podem legislar a respeito, porque não reúnem competência para tanto. Apenas a União (art. 22, inc. I, da CF) pode legislar em matéria penal.

A descrição de condutas típicas pela Lei de Licitações provocou a revogação parcial do CP, caso, por exemplo, do tipo previsto no art. 326 (devassar o sigilo de proposta de concorrência pública, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo). Assim, subsistem apenas tipos penais não incompatíveis com os novos tipos previstos na Lei n. 8.666/93.

Aplicam-se à Lei de Licitações as mesmas regras gerais para a determinação do momento consumativo dos delitos e para as hipóteses de tentativa, concurso, desistência voluntária e arrependimento eficaz, dentre outras previstas na parte geral do Código Penal.

O bem jurídico protegido tanto poderá ser a moralidade administrativa como a regularidade do processo licitatório ou o patrimônio público.

O sujeito ativo dos delitos, previstos na Lei de Licitações, será sempre a pessoa física a quem se atribua a conduta ilícita, podendo ou não manter

vínculo com a Administração (funcional ou contratual). Assim, poderão ser apontados como autores os particulares que participam do certame; os membros da Comissão de Licitação; a autoridade administrativa ou qualquer contratado.

Todos os delitos descritos na Lei de Licitação são punidos apenas a título de dolo, não havendo possibilidade de punição a título de culpa.

A ação penal sempre será pública incondicionada, não dependendo, pois, de requisição ou representação.

Todos os tipos penais autorizam a imposição da pena de detenção, não havendo a previsão para a imposição da pena de reclusão.

3. CONTRATO ADMINISTRATIVO

Contrato administrativo é todo ajuste celebrado pela Administração, mediante regras previamente estabelecidas por ela, visando a preservação do interesse público.

O Poder Público traça as diretrizes do contrato no edital de licitação, o particular irá apenas aderir a essa minuta (contrato de adesão). A prerrogativa da Administração tem em vista o interesse público.

3.1. Características

Características marcantes dos contratos administrativos são as cláusulas exorbitantes, que conferem vantagens para a Administração, colocando-a em uma posição de superioridade em relação ao particular que com ela contratar. Essa regra está disposta no art. 58 da Lei n. 8.666/93.

São exorbitantes porque exorbitam o padrão das cláusulas do direito privado. Exemplo: o contrato celebrado pelos particulares se aperfeiçoa quando as partes entram em um acordo. No contrato administrativo, só a Administração estipula as regras; não há convenção entre as partes. No contrato privado, se uma parte descumprir o trato, a outra pode invocar a *exceptio non adimpleti contractus*, ou seja, pode alegar que deixou de cumprir sua obrigação porque o outro contratante já havia feito isso. No contrato administrativo, o particular não pode invocar tal princípio– deve cumprir o contrato ainda que o Poder Público descumpra seu encargo, pois prioriza-se o interesse público em detrimento do particular. O particular pode rescindir o contrato privado unilateralmente, em razão do interesse que defende, que é próprio; não poderá fazê-lo quando o contrato for administrativo, por prevalecer o interesse da sociedade; deverá socorrer-se do Poder Judiciário para rescisão do contrato.

Os incs. do art. 58 da Lei n. 8.666/93 dispõem sobre as prerrogativas da Administração. São cláusulas exorbitantes que possuem a característica de unilateralidade, pois o Poder Público está em situação de superioridade ao particular. As principais são:

- alteração e rescisão unilateral do contrato;
- aplicação de penalidades contratuais;
- fiscalização da execução;

- ocupação provisória de bens, serviços e pessoal.

3.2. Meio de Formalização

O contrato administrativo é formalizado por termo contratual, conforme disposto no art. 62 da Lei. Nada impede que, excepcionalmente, seja elaborado de forma diversa, que não a escrita.

3.3. Conteúdo

Conforme o art. 55 da Lei, as cláusulas essenciais a qualquer contrato administrativo são:

- Objeto e seus elementos característicos.
- Regime de execução ou a forma de fornecimento.
- Preço e condições de pagamento.
- Prazo inicial, execução, entrega. O prazo deve ser certo e determinado.
- O crédito pelo qual ocorrerá a despesa.
- As garantias oferecidas para assegurar a execução, quando exigidas.
- Os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas.
- Os casos de rescisão.

- As condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso.
- A vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou não a exigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor.
- A legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos.
- A obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Quanto ao limite do contrato administrativo, o art. 57 da Lei n. 8.666/93 dispõe que "a duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários", com exceções expostas em seus incisos:

- Aos projetos incluídos em planos plurianuais (que ultrapassem um ano), desde que previsto no ato convocatório.
- À execução de serviço de natureza contínua, cuja prorrogação limita-se a 60 meses. Tal prazo pode ser prorrogado, ainda, por mais 12 meses em caso de necessidade e mediante autorização – § 4.º do artigo em análise. Exemplo: serviço de segurança, limpeza, coleta de lixo.
- Para aluguel de equipamento de informática, em que o prazo pode estender-se em até 48 meses.

O art. 57, § 3.º, veda contrato com prazo de vigência indeterminado.

3.4. Execução dos Contratos Administrativos

Dispõe o art. 66 da Lei n. 8.666/93 que "o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial".

As cláusulas são imutáveis, *pacta sunt servanda*: o pacto deve ser cumprido conforme o avençado inicialmente. Poderão ocorrer, entretanto, situações que impeçam ou retardem a normal execução do contrato – teoria da imprevisão, provinda da cláusula *rebus sic stantibus*.

3.5. Encargos

Conforme dispõe o art. 71 da Lei, "o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato". A Administração Pública não é solidariamente responsável por esses encargos, salvo no que concerne aos delitos previdenciários, conforme dispõe o § 2.º do art. 71.

3.5.1. Álea

a) Conceito

São os riscos que o particular enfrenta quando contrata com a Administração Pública.

b) Espécies

As áleas podem aparecer de duas formas:

- *Ordinária*: quando os riscos são os normais (previsíveis), decorrentes da execução de um contrato – não geram a revisão do contrato.
- *Extraordinária*: em que os riscos e prejuízos decorrentes da execução do contrato são anormais (imprevisíveis) – geram a revisão do contrato para a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro.

3.6. Alteração

De acordo com o exposto, o contrato deve ser cumprido conforme estipulado, podendo ser alterado, no entanto, para conservação do seu equilíbrio inicial (da equação econômico-financeira, que é a relação de igualdade entre os encargos do contratado e a remuneração a que ele faz jus).

Exemplo: aumento da gasolina é álea extraordinária, que autoriza a alteração do contrato (porque gera o desequilíbrio), permitindo assim a aplicação da Teoria da Imprevisão.

3.6.1. Espécies

Conforme disposto no art. 65da Lei n. 8.666/93, a alteração poderá ser unilateral ou bilateral, mas sempre acompanhada de justificação, em respeito ao princípio da motivação.

A alteração unilateral vem prevista no art. 65, inc. I, da Lei n. 8.666/93, sendo cláusula exorbitante, fazendo-se necessário combiná-lo com o art. 58:

- Quando houver modificação do projeto para melhor adequação técnica aos seus objetivos – não se pode mudar o objeto sob pena de burlar a licitação. A manutenção do objeto é limite para alteração do contrato administrativo.

- Quando necessária a modificação do valor contratual, em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites previstos no § 1.º do próprio art. – 25% ou 50%.

O § 2.º do art. 65 estipula que nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites impostos no parágrafo que o antecede, porém traz uma exceção: as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes podem ultrapassar os parâmetros legais.

O inc. II do artigo em estudo estabelece as hipóteses de alteração dos contratos por acordo das partes:

- quando conveniente a substituição da garantia de execução;

- quando necessária a modificação do regime de execução;

- quando necessária a modificação da forma de pagamento;

- para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente.

3.7. Extinção

Extinção do contrato é a cessação do vínculo entre a Administração e o contratado. Poderá ocorrer de forma normal, pelo cumprimento integral de suas cláusulas ou término do prazo de duração, ou de forma anormal, pela anulação, que decorre de alguma nulidade no contrato, ou pela rescisão.

3.7.1. Rescisão

- *Administrativa*: promovida unilateralmente pelo Poder Público, por razões de interesse público ou por falta do contratado (art. 78 da Lei n. 8.666/93).
- *Consensual ou amigável*: levada a efeito por acordo entre as partes, desde que haja conveniência para a Administração (art. 79 da Lei n. 8.666/93).
- *Rescisão judicial*: decretada pelo Judiciário por iniciativa do particular, art. 79, inc. III.

MÓDULO XV

DIREITO ADMINISTRATIVO

DIREITO ADMINISTRATIVO

1. TEORIA DA IMPREVISÃO

A Teoria da Imprevisão estabelece que eventos novos, não previstos e imprevisíveis pelas partes, que causem reflexos na execução ou no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, autorizam a sua revisão. A utilização dessa teoria restabelecerá o equilíbrio entre o encargo e a retribuição, tornando o contrato justo para as partes.

O art. 65, inc. II, "d", da Lei n. 8.666/93 dispõe sobre a cláusula *rebus sic stantibus*, que vigora nos contratos privados e tem a finalidade de evitar a ruína do contratado. Os contratos regidos pela lei em estudo poderão ser alterados, por acordo das partes, para restabelecer a relação pactuada inicialmentee tendo por objetivo a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro na hipótese de ocorrência de fatos imprevisíveis – ou previsíveis com conseqüências incalculáveis, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe –, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

1.1. Requisitos

Para a aplicação da Teoria da Imprevisão, é necessária a ocorrência de:

- fatos supervenientes;
- fatos imprevisíveis, ou previsíveis de conseqüências incalculáveis.

1.2. Hipóteses

Autorizam a aplicação da Teoria da Imprevisão, desde que preenchidos os requisitos anteriores:

- o caso fortuito;
- a força maior;
- o fato do príncipe;
- o fato da administração.

1.2.1. Caso fortuito e força maior

Caso fortuito é o evento da natureza. Exemplo: contrato para construir uma escola; choveu além do previsível, o prazo do contrato não pode ser cumprido.

Força maior consiste no ato humano. Exemplo: o contratado se compromete a construir uma obra, mas seus funcionários entram em greve.

Tanto o caso fortuito como a força maior são hipóteses que autorizam a aplicação da Teoria da Imprevisão, pois ou criam para o contratado um desequilíbrio econômico-financeiro ou impedem a execução do contrato.

1.2.2. Fato do príncipe e fato da administração

Fato do príncipe e fato da administração são os fatos produzidos pelo Poder Público que possibilitam a aplicação da Teoria da Imprevisão.

O fato do príncipe incide sobre todos os contratos, demandando alteração das cláusulas iniciais. Ocorrerá quando um fato geral, por determinações estatais, positivas ou negativas, imprevisíveis, onerar substancialmente a execução do contrato. Exemplo: o aumento de um tributo tem repercussão em todos os contratos do Poder Público com particulares nos quais incida aquele tributo. Verifica-se o fato do príncipe quando uma determinação geral do Poder Público afeta o cumprimento do contrato de maneira substancial.

O fato da administração é a atitude, omissiva ou comissiva, adotada pelo Poder Público que incide direta e especificamente sobre um contrato individualizado. Exemplo: construção de uma escola em local habitado, sem que o Poder Público providencie a desapropriação necessária. A determinação do Poder Público, no fato da administração, não é geral – é isso que o diferencia do fato do príncipe.

1.2.3. Observações

Circunstâncias, situações imprevistas e imprevisíveis são, para HELY LOPES MEIRELLES, aquelas que já existiam antes de o contrato ser celebrado, mas que as partes desconheciam, porque foram omissas em sondar as possibilidades de execução do pactuado; exemplo: o contrato visa a construção em terreno arenoso e descobre-se que esse é rochoso, fazendo-se necessária a explosão do perímetro.

Há autores que *não* consideram tal situação *imprevisível*, porque não é superveniente.

DIREITO ADMINISTRATIVO

Agentes Públicos

1. CLASSIFICAÇÃO

Agente é expressão que engloba todas as pessoas lotadas na Administração.

Agentes públicos é denominação genérica que designa aqueles que servem ao Poder Público. Esses servidores subdividem-se em:

- agentes políticos;
- servidores públicos;
- particulares em colaboração com o Estado.

Os servidores públicos, por sua vez, são classificados em:

- funcionário público;
- empregado público;
- contratados em caráter temporário.

Agentes políticos, definidos por Celso Antonio Bandeira de Melo, "são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País (...), Presidente da República, Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os

auxiliares imediatos dos chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas pastas, bem como os Senadores, Deputados Federais e Estaduais e os Vereadores".

Funcionário público é o servidor que titulariza um cargo. Está sob o regime estatutário.

Empregado público é o servidor que titulariza um emprego. Está sob o regime celetista, que não é o mesmo regime celetista da iniciativa privada. Pelo art. 37, inc. II, da Constituição Federal a investidura acontece por concurso público.

A semelhança existente entre funcionário e empregado é que ambos surgem como servidores, ou seja, são agentes públicos. A nomeação ocorre após aprovação em concurso público.

Contratados em caráter temporário são servidores contratados por um período certo e determinado, por força de uma situação de excepcional interesse público. Não são nomeados em caráter efetivo, que tem como qualidade a definitividade – art. 37, inc. IX, da Constituição Federal.

Os *particulares em colaboração* são agentes públicos, mas não integram a Administração e não perdem a característica de particulares. Ex.: jurados, recrutados para o serviço militar, mesário de eleição.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

2.1. Acessibilidade a Cargos e Empregos

O art. 37, inc. I, da Constituição Federal dispõe que os brasileiros e estrangeiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei terão acesso aos cargos, aos empregos e às funções públicas.

Essa norma é de eficácia contida. Enquanto não há lei regulamentando, não é possível sua aplicação. A Constituição Federal permitiu o amplo acesso aos cargos, aos empregos e às funções públicas, porém, excepciona-se a relação trazida pelo § 3.º do art. 12 da Lei Máxima, que define os cargos privativos de brasileiros natos:

- Presidente da República e Vice;
- Presidente da Câmara dos Deputados;
- Presidente do Senado;
- Ministros do Supremo Tribunal Federal;
- Carreira diplomática;
- Oficial das Forças Armadas.

2.2. Concursos Públicos e Contratações Excepcionais

O art. 37, inc. II, da Constituição Federal estabelece que para a investidura em cargo ou emprego público é necessário a aprovação prévia em

concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego.

A exigência de concurso é válida apenas para os cargos de provimento efetivo – aqueles preenchidos em caráter permanente.

Os cargos preenchidos em caráter temporário não precisam ser precedidos de concurso, pois a situação excepcional e de temporariedade, que fundamenta sua necessidade, é incompatível com a criação de um concurso público.

Para os cargos em comissão também não se exige concurso público (art. 37, inc. V), desde que as atribuições não sejam de direção, chefia e assessoramento. Esses devem ser preenchidos nas condições e nos percentuais mínimos previstos em lei.

Para as funções de confiança não se impõe o concurso público; no entanto, a mesma norma acima mencionada estabelece que tal função será exercida exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo.

2.2.1. Prazo de validade do concurso público

É de dois anos, prorrogável uma vez por igual período (art. 37, III, da Constituição Federal).

Durante o prazo do concurso, o aprovado não tem direito adquirido à contratação . Há apenas uma expectativa de direito em relação a esta.

O art. 37, inc. IV, assegura ao aprovado o direito adquirido de não ser preterido por novos concursados.

2.2.2. Deficiente físico

A Constituição Federal, em seu art. 37, inc. VIII, privilegiou os deficientes físicos, garantindo-lhes, como incentivo, um percentual das vagas em concursos públicos.

2.3. Provimento de Cargos

Provimento, segundo Hely Lopes Meirelles, “é o ato pelo qual se efetua o preenchimento do cargo público, com a designação de seu titular. " Pode ser:

- *originário ou inicial*: quando o agente não possui vinculação anterior com a Administração Pública;
- *derivado*: pressupõe a existência de um vínculo com a Administração. Subdivide-se em:
    - *horizontal*: ocorre de um cargo para outro sem ascensão na carreira;
    - *vertical*: o provimento se dá com ascensão na carreira.

2.3.1. Fases

- Concurso
- Provimento do cargo pela nomeação
- Posse: ato que confere as prerrogativas do cargo
- Exercício: início efetivo das atribuições

O ato de investidura é um ato complexo, exigindo, segundo Hely Lopes Meirelles, a manifestação de vontade de mais de um órgão administrativo – a nomeação é feita pelo Chefe do Executivo; a posse e o exercício são dados pelo Chefe da Repartição.

2.4. Direito de Greve

A Constituição Federal assegura o direito de greve, que será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica (art. 37, VII), modificado pela Emenda Constitucional n. 19/98. A redação anterior do dispositivo exigia regulamentação por lei complementar.

A lei específica ainda não foi criada.

2.5. Direito de Sindicalização

Garantido pela Constituição Federal no inc. VI do art. 37.

2.6. Sanção por Improbidade Administrativa

Prevista no § 4.º do art. 37 da Constituição Federal, regulado pela Lei n. 8.429/92, sua imposição não afasta a propositura de eventual ação penal cabível.

As sanções previstas pela Constituição para os atos de improbidade administrativa são as seguintes:

- suspensão dos direitos políticos;

- perda da função pública;
- indisponibilidade dos bens;
- ressarcimento do erário.

2.7. Paridade de Vencimentos

É a possibilidade, conferida aos Poderes Legislativo e Judiciário, de criar ou não seus cargos e de fixar remuneração igual ou inferior ao estabelecido em lei para os servidores que tenham atribuições idênticas ou assemelhadas no âmbito do Executivo. É a regra trazida pelo inc. XII do art. 37 da Constituição Federal, que não se confunde com o disposto no inc. XI do mesmo artigo (que trata do texto geral para todos os servidores ativos e inativos).

2.8. Vedação de Equiparação e Vinculações

A Constituição Federal, no seu art. 37, inc. XIII, proíbe a equiparação – que consiste no tratamento idêntico de cargos com funções desiguais , e a vinculação de vencimentos – que atrela uma remuneração à outra, sendo que a alteração da remuneração do cargo vinculante implica, automaticamente, a alteração da remuneração do cargo vinculado.

2.9. Estabilidade

É a prerrogativa atribuída ao servidor que preencher os requisitos estabelecidos na Constituição Federal, que lhe garante a permanência no serviço.

A garantia de permanência no cargo é denominada vitaliciedade.

P.: O servidor estabilizado, que tiver seu cargo extinto, estará fora da Administração Pública?

R.: Não, porque a Constituição Federal lhe garante estabilidade no serviço e não no cargo. O servidor é colocado em disponibilidade remunerada, seguindo o disposto no art. 41, § 3.º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 19 – a remuneração é proporcional ao tempo de serviço. Antes da emenda, a remuneração era integral.

2.9.1. Requisitos para a estabilidade

- Nomeação em caráter efetivo, precedida de concurso público.
- Término do estágio probatório (3 anos).
- Aprovação em avaliação de desempenho (art. 41, § 4.º, da Constituição Federal), decorrente do princípio da eficiência.

2.9.2. Hipóteses de perda do cargo do servidor estável (art. 41, § 1.º, da Constituição Federal)

- Por sentença judicial com trânsito em julgado.
- Por processo administrativo, assegurada a ampla defesa e o contraditório.
- Por insuficiência de desempenho – essa avaliação será periódica, nos termos de lei complementar (ainda não existente no ordenamento jurídico).

- Quando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não assegurarem o cumprimento dos limites de despesa com pessoal ativo e inativo estabelecido pela lei complementar, art. 169, *caput*, e § 4.º, da Constituição Federal.

Critérios subjetivos que podem ser utilizados para justificar a escolha da dispensa de determinado servidor:

- maior remuneração;
- menor tempo de serviço;
- menor idade;
- menor número de dependentes.

A Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) criou regras severas para a contenção de gastos dentro da Administração Pública.

2.10. Remuneração

A partir da Emenda Constitucional n. 19, passaram a existir dois regimes jurídicos de remuneração dentro da Administração Pública:

- *por subsídio*: previsto no art. 39, § 4.º, da Constituição Federal, é a remuneração paga em parcela única, vedado qualquer tipo de acréscimo financeiro.

Serão remunerados por subsídio os que ocupam mandato eletivo, Ministros de Estado, Secretários estaduais e municipais.

- *por vencimentos*: previsto no art. 40 da Constituição Federal, é a somatória do vencimento (salário-base) com as vantagens a que o servidor fizer jus.

Perceberão vencimentos todos os servidores que não se encontrem relacionados no item anterior.

2.10.1. Parâmetro para ganhos dentro da administração

O art. 37, inc. XI, parte final, da Constituição Federal dispõe que ninguém pode perceber mais do que ganham os Ministros do Supremo Tribunal Federal, a título de subsídio.

O instrumento pelo qual será fixado o subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, segundo o art. 37, inc. X, da Constituição Federal, é lei ordinária específica da matéria. Essa lei, segundo o art. 48, inc. XV, da Constituição Federal, é de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do STF.

2.10.2. Revisão da remuneração

O art. 37, inc. X, da Constituição Federal assegura a revisão geral anual da remuneração sempre na mesma data e sem distinção de índices.

Para Hely Lopes Meirelles, trata-se de uma forma genérica de aumento de vencimentos, que denomina aumento impróprio – que visa à irredutibilidade real, e não nominal, da remuneração. Esse aumento não afasta a possibilidade

do que o referido autor chama *aumento específico* – feito por lei, que concede aumento geral, representando elevação de vencimentos “por se fazer em índices não proporcionais ao do decréscimo do poder aquisitivo”.

2.10.3. Redução da remuneração

A regra geral disposta no art. 37, inc. XV, da Constituição Federal, estabelece que não é possível a redução da remuneração, com exceção do disposto nos incs. XI e XIV do mesmo artigo.

2.10.4. Proibição de acumulação remunerada

Os incs. XVI e XVII do art. 37 da Constituição Federal vedam a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas, abrangendo autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público.

O objetivo dos dispositivos é evitar que uma pessoa exerça várias funções sem que possa desempenhá-las com eficiência e receba os respectivos vencimentos, integralmente, ensejando manifesto prejuízo à Administração Pública.

Admite-se, excepcionalmente, a acumulação remunerada com vistas ao melhor aproveitamento da capacidade técnica e científica de determinados profissionais, desde que:

- haja compatibilidade de horários;

- seja observado o disposto no inc. XI do artigo em exame (teto remuneratório).

A acumulação é possível nas seguintes hipóteses:

- dois cargos de professor;
- um cargo de professor com outro, técnico ou científico;
- dois cargos privativos de médico;
- o cargo de juiz com um de professor (art. 95, par. ún., I, da Constituição Federal);
- o cargo de promotor com um de professor (art. 128, II, “d”, da Constituição Federal);
- dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde (art. 17, § 2.º, ADCT).

O rol apresentado é taxativo, pois restringe direitos, não podendo ser interpretado de forma ampliada. Nada impede, porém, a cumulação de cargos, empregos ou funções públicas, desde que o servidor seja remunerado por apenas um deles.

P.: É possível acumular vencimentos e proventos de aposentadoria?

R.: Art. 37, § 10: regra geral não, ressalvados os cargos acumuláveis na forma da Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

2.10.5. Acumulação para quem ocupa mandato eletivo (art. 38 da Constituição Federal)

- Tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função.
- Investido no mandato de prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela remuneração.
- Investido no mandato de vereador, se houver compatibilidade de horários, poderá acumular os cargos com dupla remuneração. Se não houver tal compatibilidade, não poderá acumular, mas poderá optar pela remuneração.

2.11. Aposentadoria dos Servidores Públicos

A matéria está disciplinada no art. 40 da Constituição Federal, sendo válida apenas para os servidores que titularizam cargo efetivo (precedido de concurso público com qualidade de definitividade).

O servidor, ocupante de cargo em comissão, por exemplo, não faz parte dessa regra. O art. 40, § 13, da Constituição Federal dispõe que ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.

A natureza jurídica do regime de aposentadoria previsto pela Constituição Federal é *contributiva*.

O valor da aposentadoria será determinado pelo tempo de contribuição.

Os proventos de aposentadorias e as pensões serão revistos sempre que houver modificação no valor da remuneração dos servidores em atividade, na mesma data e na mesma proporção (art. 40, § 8.º, da Constituição Federal).

2.11.1. Espécies de aposentadoria

- por invalidez;
- compulsória;
- voluntária.

O art. 40, § 4.º, da Constituição Federal autoriza a criação de novas modalidades de aposentadoria, desde que por lei complementar e nos casos de atividades exercidas em condições insalubres (são as que prejudicam a saúde ou a integridade física).

a) Invalidez

A invalidez permanente (art. 40, § 1.º, I, da Constituição Federal) deve impedir que a pessoa continue exercendo suas atribuições. Ex.: digitador, que em acidente perde o pé, não está impossibilitado de exercer a sua atividade.

A *readaptação* é o fenômeno pelo qual o servidor que ocupava um cargo na Administração passa a ocupar outro compatível com sua nova situação.

Os proventos, segundo a regra geral, são proporcionais ao tempo de contribuição. O art. 40, § 1.º, inc. I, segunda parte, da Constituição Federal estabelece exceções, dispondo que os proventos serão integrais quando a

invalidez resultar de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei.

b) Compulsória

O fato gerador da aposentadoria compulsória é o alcance do limite de idade previsto na Constituição Federal – 70 anos.

A aposentadoria compulsória é um ato vinculado da Administração, que não pode exercer um juízo de conveniência e oportunidade quando o servidor atingir os 70 anos.

Os proventos serão proporcionais ao tempo de contribuição.

c) Voluntária

O art. 40, § 1.º, inc. III, dispõe ser pré-requisito da aposentadoria voluntária o cumprimento do tempo mínimo de 10 anos de efetivo exercício no serviço público, sendo 5 anos no cargo em que se dará a aposentadoria.

2.11.2. Aposentadoria com proventos integrais

É necessária a ocorrência de fato gerador duplo – idade mais tempo de contribuição.

- *Para homens*: 10 anos de serviço, sendo 5 no cargo, 60 anos de idade e 35 anos de contribuição.

- *Para mulheres*: 10 anos de serviço, sendo 5 no cargo, 55 anos de idade e 30 anos de contribuição.

2.11.3. Aposentadoria dos professores – Aposentadoria especial (art. 40, § 5.º, da Constituição Federal)

- *Para homens*: 10 anos de serviço, sendo 5 no cargo, 55 anos de idade e 30 de contribuição.
- *Para mulheres*: 10 anos de serviço, sendo 5 no cargo, 50 anos de idade e 25 de contribuição.

Cabe observar que os professores universitários estão excluídos dessa aposentadoria especial.

2.11.4. Aposentadoria com proventos proporcionais ao tempo de contribuição (art. 40, III, "b", da Constituição Federal)

- *Para homens*: 65 anos de idade.
- *Para mulheres*: 60 anos de idade.

2.11.5. Regras transitórias

Quando foi estabelecida a EC n. 20, os servidores que já tinham condições de se aposentar, e que não aposentaram por qualquer razão, poderão fazê-lo perante as regras anteriores, pois trata-se de direito adquirido.

Os servidores que já estavam na Administração, mas que ainda não preenchiam as condições para se aposentar, estão sujeitos às regras de transição para percepção de proventos integrais:

- *Para homens*: 53 anos de idade, com 35 anos de contribuição, sendo 5 anos de efetivo exercício no cargo em que vai se aposentar, mais 20% de pedágio.
- *Para mulheres*: 48 anos de idade, mais 30 de contribuição, sendo 5 anos de efetivo exercício no cargo em que vai se aposentar, mais 20% de pedágio.

Para percepção de proventos proporcionais, os requisitos são:

- *Para homens*: 53 anos de idade, mais 30 de contribuição, 5 anos de efetivo exercício no cargo em que vai se aposentar e 40% de pedágio.
- *Para mulheres*: 48 anos de idade, mais 25 de contribuição, 5 anos de efetivo exercício no cargo em que vai se aposentar e 40% de pedágio.

Pedágio: consiste no exercício da atividade por 20% ou 40% a mais do tempo que faltava para aposentadoria pelo regime anterior. Ex.: faltavam 10 anos para aposentar-se; assim terá de trabalhar 2 ou 4 anos a mais.

Para os que ingressarem na Administração após a emenda, a aposentadoria será regida pelas novas regras da Constituição.

3. REGIME JURÍDICO DO SERVIDOR PÚBLICO

O regime jurídico dos servidores públicos civis é disciplinado pela Lei n. 8.112/90. A seguir, analisaremos alguns pontos relevantes.

3.1. Penalidades

As penas estão previstas no art. 127 da Lei. A relação é exaustiva, somente podendo ser ampliado por outra lei, nunca pelo administrador:

- advertência;
- suspensão;
- demissão;
- cassação de aposentadoria ou disponibilidade;
- destituição de cargos em comissão;
- destituição de função comissionada.

A aplicação da pena deve vir acompanhada das razões que a originaram. Trata-se da motivação que consiste em mencionar o dispositivo legal e relacionar os fatos que concretamente levaram à aplicação daquele dispositivo de lei (art. 140).

A pena deve ser proporcional à infração. O art. 128 do Estatuto do Servidor traz os elementos que o administrador deve levar em consideração quando da aplicação da pena:

- natureza da infração cometida;
- sua gravidade;
- prejuízos que gerou;
- atenuantes e agravantes do caso concreto;
- antecedentes funcionais.

3.2. Meios de Apuração das Infrações

3.2.1. Princípios

Nenhuma pena poderá ser aplicada senão por sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa.

O art. 5.º, inc. LV, da Constituição Federal garante o contraditório e a ampla defesa em processo judicial ou administrativo, não mencionando a sindicância, mas a esta se estende porque dela pode resultar a aplicação de uma pena.

Não bastasse esse fundamento, a Lei n. 8.112/90, em seu art. 143, assegura ao acusado a ampla defesa.

3.2.2.Formas de apuração das práticas infracionais

a) Sindicância

Meio sumário de apuração de infrações que possam ser apenadas somente com advertência ou suspensão por até 30 dias (art. 145, inc. II).

Da sindicância podem resultar três situações:

- arquivamento do processo por não ter sido apurada nenhuma irregularidade ao término da sindicância;
- aplicação da advertência ou suspensão de até 30 dias;
- instauração de processo administrativo disciplinar, caso seja apurado mais do que se imaginava.

O prazo de duração de uma sindicância é de 30 dias, prorrogável uma vez por igual período.

b) Processo disciplinar

É o meio para apurar-se qualquer tipo de infração cometida pelo servidor no exercício das suas atribuições, inclusive as infrações que poderiam ser objeto de sindicância (art. 146).

O prazo de duração do processo disciplinar é de 60 dias, prorrogável se necessário (art. 152).

As provas do processo de sindicância poderão ser aproveitadas no processo disciplinar.

Pode-se produzir novas provas dentro do processo administrativo disciplinar, desde que sejam pertinentes.

Fases do processo disciplinar:

1.ª Fase – Abertura ou instauração: dá-se por portaria que deve conter:

- os fundamentos, as razões que deram ensejo à sua abertura;
- os servidores estáveis que irão compor a comissão processante (art. 149).

2.ª Fase – Inquérito administrativo: é a fase de instrução.

Se o processo disciplinar foi antecedido de sindicância podem ser aproveitadas as provas já produzidas.

Serão produzidas novas provas se necessário e será apresentada defesa.

3.ª Fase – Julgamento.

Não é feito pela comissão julgadora, que apenas dirige o processo (art. 167). Proferirá a decisão final uma das pessoas relacionadas no art. 141, dependendo da natureza da infração cometida. Para a aplicação da pena devem ser levadas em conta as regras do art. 128.

O julgamento deve ser fundamentado. A motivação envolve a menção do dispositivo legal e os fatos que levaram à sua aplicação.

3.2.3. Pedido de revisão

A lei permite o pedido de revisão, disciplinado nos arts. 174 e ss.

Não há prazo para se ingressar com o pedido, podendo ser feito a qualquer tempo.

- Hipóteses que viabilizam o pedido de revisão:
  - fato novo que influencie sobre a decisão anterior (não existente ou não conhecido);
  - inadequação da penalidade aplicada.

Pode-se solicitar a produção de novas provas, de forma a demonstrar o equívoco da decisão anterior.

O pedido pode ser proposto pelo servidor ou sua família.

P.: É possível o agravamento da decisão anterior?

R.: Não, pois o art. 182, parágrafo único, proíbe.

3.3. Vantagens

Os servidores que recebem subsídios são os que constam do art. 39, § 4.º, da Constituição Federal, quais sejam:

- membros de poder;
- detentores de mandado eletivo;
- Ministros de Estado;
- secretários estaduais;
- secretários municipais.

Os demais são remunerados por vencimentos.

A Lei n. 8.112/90 define, nos arts. 40 e 41, vencimento e remuneração. Essa definição envolve o vencimento mais as vantagens pecuniárias conferidas ao servidor por força de lei. O vencimento é a retribuição pecuniária pelo exercício do cargo, em valor fixado em lei.

Vantagens são acréscimos financeiros ao vencimento do servidor, estabelecidos por lei a título precário ou permanente.

O art. 48 proíbe a não-incidência de arresto, seqüestro ou penhora, exceto nos casos de prestação de alimentos resultante de decisão judicial sobre o vencimento, a remuneração e o provento (remuneração dos aposentados).

P.: A remuneração pode ser objeto de redução?

R.: Art. 37, XV, da Constituição Federal: subsídio e vencimentos são irredutíveis. O art. 41, § 3.º, da Lei n. 8.112/90 dispõe que o vencimento acrescido das vantagens de caráter permanente é irredutível.

P.: Pode-se efetivar descontos nos vencimentos do servidor?

R.: Regra geral não. A exceção vem descrita no art. 46 da Lei para reposições e indenizações ao erário.

3.3.1. Espécies de vantagens (art. 49 da Lei n. 8.112/90)

a) Indenizações

Trata-se de ressarcimento de despesas, não representando acréscimo porque o servidor recebe o que gastou, retornando ao *status quo*.

Fatos geradores de indenizações:

- *ajuda de custo (art. 53)*: é a indenização que o servidor recebe como compensação pelos gastos que efetuou ou para exercer atividade em outro local, no interesse da Administração, porque se o servidor pedir para mudar de sede, arcará com os custos;

- *diária*: cabe quando o servidor se desloca temporariamente para exercer suas atividades, mas mantém a sua sede;

- *transporte (art. 60)*: compensação da despesa com transporte próprio para o exercício de atividades externas.

b) Gratificações

Vantagens de natureza financeira que o servidor percebe em razão do exercício de uma atividade comum em condições especiais.

Exemplos.: risco de vida, serviços extraordinários e serviços realizados fora da sede.

c) Adicional

Vantagem de natureza financeira que o servidor percebe pelo exercício de funções especiais em condições comuns.

Exemplos:

- ter nível universitário;

- regime de tempo integral, em que o servidor fica o tempo todo à disposição da Administração, impossibilitando o exercício de outra atividade (magistrado, promotor etc.);

- regime de dedicação exclusiva – o servidor pode exercer outra atividade, mas não aquela declarada exclusiva (pesquisa).

Obs.: o adicional por tempo de serviço está revogado.

d) Licenças (art. 81)

Vantagem de natureza não-pecuniária prevista em lei, pela qual a Administração autoriza o afastamento do servidor das suas atividades, sem qualquer tipo de penalização.

- Para tratar de doença em pessoa da família.

O fato gerador vem previsto no art. 83, em que o servidor deve demonstrar que seu auxílio é imprescindível e que não consegue acumulá-lo com o exercício de suas atividades.

Não haverá prejuízo da remuneração por até 30 dias, período prorrogável por mais 30. Excedendo, não haverá remuneração por até 90 dias (art. 83, § 2.º).

- Por motivo de afastamento do cônjuge.

Previsto no art. 84, quando o servidor precisar acompanhar o cônjuge deslocado para outro ponto do território nacional ou exterior, ou para o exercício de mandato eletivo dos Poderes Legislativo e Executivo.

A licença será por prazo indeterminado e sem remuneração para:

- o serviço militar(disposto no art. 85 da Lei);

- exercer atividades políticas.

Haverá prejuízo da remuneração durante o período que mediar a sua escolha em convenção partidária, como candidato a cargo eletivo, e durante a véspera do registro de sua candidatura perante a Justiça Eleitoral.

A partir do registro da candidatura até o 10.º dia seguinte ao da eleição, o servidor fará jus à licença, sem prejuízo da remuneração pelo período de 3 meses (art. 86, *caput*, e § 2.º). Se o mandato eletivo não for incompatível, o servidor poderá cumulá-lo (art. 38 da Constituição Federal).

- Licença-prêmio por assiduidade.

O art. 87 trata da licença para capacitação do servidor. A critério da Administração, o servidor poderá se afastar, sem prejuízo da remuneração, somente para fazer cursos de aperfeiçoamento (decorrência do princípio da efetividade).

- Licença para tratar de assuntos particulares.

O servidor não pode estar em estágio probatório. Possui prazo máximo de 3 anos e a remuneração fica prejudicada.

- Licença para o exercício de mandato classista.

Haverá prejuízo da remuneração e durará o tempo do mandato, podendo ser prorrogada, no caso de reeleição, por uma única vez.

3.4. Vacância dos Cargos Públicos

O art. 33 da Lei n. 8.112/90 dispõe sobre as hipóteses de vacância do cargo público, que pode ocorrer pela saída do servidor da Administração:

- demissão (sanção);
- exoneração.

O cargo pode vagar também pela saída do servidor de um cargo para outro:

- promoção: provimento derivado vertical;
- readaptação (art. 24): provimento derivado horizontal;
- aposentadoria;
- posse em outro cargo inacumulável;
- falecimento.

DIREITO ADMINISTRATIVO

1. SERVIÇOS PÚBLICOS

1.1. Definição

Serviços públicos são aqueles serviços prestados pela Administração, ou por quem lhe faça as vezes, mediante regras previamente estipuladas por ela para a preservação do interesse público.

A titularidade da prestação de um serviço público sempre será da Administração Pública, somente podendo ser transferido a um particular a execução do serviço público. As regras serão sempre fixadas unilateralmente pela Administração, independentemente de quem esteja executando o serviço público. Qualquer contrato administrativo aos olhos do particular é contrato de adesão.

1.2. Critérios

Para distinguir quais serviços são públicos e quais não, deve-se utilizar as regras de competência dispostas na Constituição Federal (p. ex., arts. 21 e 196). Quando não houver definição constitucional a respeito, deve-se observar as regras que incidem sobre aqueles serviços, bem como o regime jurídico ao qual a atividade se submete. Sendo regras de direito público, será serviço público; sendo regras de direito privado, será serviço privado.

1.3. Princípio da Continuidade da Prestação do Serviço Público

Em se tratando de serviço público, o princípio mais importante é o da continuidade de sua prestação.

Num contrato administrativo, quando o particular descumpre suas obrigações, há rescisão contratual. Se é a Administração, entretanto, que descumpre suas obrigações, o particular não pode rescindir o contrato, tendo em vista o princípio da continuidade da prestação.

Essa é a chamada "cláusula exorbitante", que visa dar à Administração Pública uma prerrogativa que não existe para o particular, colocando-a em uma posição superior em razão da supremacia do interesse público.

1.4. Formas de Prestação

A prestação pode ser centralizada quando a própria Administração Pública executa os serviços, ou descentralizada quando a Administração Pública passa a execução para terceiros. Esses terceiros podem estar dentro ou fora da Administração Direta.

1.5. Art. 175 da Constituição Federal

O referido artigo dispõe que a prestação dos serviços públicos é de titularidade da Administração Pública, podendo ser centralizada ou descentralizada. Sempre que a prestação do serviço público for descentralizada, por meio de concessão ou permissão, deverá ser precedida de licitação. As duas figuras, concessão ou permissão, surgem como instrumentos

que viabilizam a descentralização dos serviços públicos, atribuindo-os para terceiros, são reguladas pela Lei n. 8.987/95.

1.6. Perfil da Lei n. 8.987/95

1.6.1. Legislação aplicável (art. 1.º)

Além da Lei n. 8.987/95 e do art. 175 da Constituição Federal, existem outras leis aplicáveis às concessões e permissões, como, por exemplo, a Lei n. 8.666/93, o Código de Defesa do Consumidor etc.

1.6.2. Alcance (art. 1.º, par. ún.)

A Lei n. 8.987/95 estabelece normas gerais, podendo os Estados e Municípios editar normas específicas sem contrariar aquelas.

1.6.3. Definições (art. 2.º)

- *Concessão de Serviço Público*: é a delegação da prestação do serviço público feita pelo poder concedente, mediante licitação na modalidade concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstrem capacidade de desempenho por sua conta e risco, com prazo determinado. Essa capacidade de desempenho é averiguada na fase de habilitação da licitação. Qualquer prejuízo causado a terceiros, no caso de concessão, será de responsabilidade do concessionário – que responde de forma objetiva (art. 37, § 6.º, da CF) tendo em vista a

atividade estatal desenvolvida, respondendo a Administração Direta subsidiariamente.

- *Permissão de Serviço Público*: é a delegação a título precário, mediante licitação feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstrem capacidade de desempenho por sua conta e risco.

A Lei n. 8.987/95 é contraditória quando se refere à natureza jurídica da permissão: menciona que é "precária", mas que será precedida de "licitação", o que pressupõe um contrato e um contrato não pode ser precário.

Em razão disso, diverge a doutrina.

Para Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella di Pietro e Celso Antonio Bandeira de Mello, concessão é uma espécie de contrato administrativo destinado a transferir a execução de um serviço público para terceiros; permissão é ato administrativo unilateral e precário.

Nada obstante, a Constituição Federal iguala os institutos quando a eles se refere (art. 223, §§ 4.º e 5.º).

1.6.4. Fiscalização (art. 3.º)

Quem fiscaliza os serviços é a Administração Pública e os beneficiários dos serviços, art. 7.º, inc. IV, da Lei n. 8.987/95.

1.6.5. Serviço adequado (art. 6.º, § 1.º)

O serviço deve ser regular, contínuo, eficaz, seguro, módico, atual e cortês. O princípio básico é o da continuidade dos serviços públicos; entretanto, a prestação poderá ser interrompida em duas hipóteses (art. 6.º, § 3.º):

- em situação de emergência;
- com aviso prévio, por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações e em caso de inadimplemento do usuário.

O art. 22 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que "os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos". Tem-se, então, um conflito entre a Lei n. 8.987/95 e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). Se fossem seguidas as regras de interpretação, a Lei n. 8.987/95 prevaleceria sobre o Código de Defesa do Consumidor por ser posterior e especial.

Os Tribunais, entretanto, entendem que se o serviço é essencial, a prestação deve ser contínua, prevalecendo, então, o disposto no art. 22 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, os serviços essenciais não podem ser interrompidos por inadimplemento.

1.6.6. Direitos e obrigações do usuário (art. 7.º)

O art. 7.º estabelece um rol de seis situações que tratam dos direitos e obrigações do usuário sem prejuízo dos previstos no Código de Defesa do Consumidor. É um rol exemplificativo, merecendo destaque:

- inc. I: o usuário tem o direito de receber o serviço adequado (art. 6.º);
- inc. II: os usuários têm o direito de receber informações (do Poder Público e do concessionário) acerca da prestação dos serviços. O mecanismo para o pedido de informações é o mandado de segurança.

1.6.7. Política tarifária (arts. 9.º e ss.)

- *Natureza jurídica:* trata-se de tarifa, considerada preço público, e não incide sobre ela os princípios constitucionais tributários.
- *Valor inicial*: o art. 9.º traz um critério objetivo; o valor inicial da tarifa deve ser o preço da proposta vencedora da licitação.
- *Revisão*: via de regra, a revisão acontecerá quando surgirem fatos imprevisíveis e supervenientes à celebração do contrato. Possui a finalidade de manter seu equilíbrio econômico e financeiro.
- *Fontes alternativas:* o art. 11 prevê fontes alternativas de arrecadação para o concessionário com a finalidade de favorecer a modicidade das tarifas. Para que o concessionário possa lançar mão dessas fontes, deve haver previsão expressa no edital (p.ex., exploração de publicidade, construção de empreendimentos ao longo de estradas etc.).

DIREITO ADMINISTRATIVO

1. LICITAÇÃO

Dispõe o art. 14, da Lei n. 8.987/95, que toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação.

O art. 18 estabelece que o edital será elaborado pelo poder concedente, observada, no que couber, a Lei de Licitações.

2. CONTRATOS

O art. 55 da Lei n. 8.666/93 dispõe sobre as cláusulas necessárias aos contratos administrativos; em paralelo, o art. 23 da Lei n. 8.987/95, traça as cláusulas específicas dos contratos de concessão; as mais importantes são:

- Inc. I: diz respeito ao objeto, à área e ao prazo da concessão. Os contratos de concessão têm prazo certo e determinado, comumente maior do que o prazo para os contratos em geral –dependendo do volume de investimento que será feito no momento do ajuste.

- Inc. III: critérios definidores da qualidade do serviço. O art. 6.º desta lei define quais são as características de um serviço público adequado.
- Inc. IV: reajuste e revisões das tarifas.
- Inc. V: direitos e obrigações das partes. Na qualidade de titular do serviço, o poder concedente fiscaliza, impõe penalidades, homologa reajustes, pode intervir no serviço e extinguir unilateralmente o contrato (art. 29 da Lei n. 8.987/95). O concessionário tem seus direitos e obrigações previsto no art. 31 da mesma lei.
- Inc. IX: hipóteses de extinção, dispostas no art. 35 da lei em análise.

3. RESPONSABILIDADE

A responsabilidade pelos prejuízos causados durante a vigência do contrato será da concessionária ou permissionária; o art. 25, da Lei n. 8.987/95 dispõe que a responsabilidade é objetiva .

Se o dano for resultado da má-fiscalização do poder concedente, a responsabilidade será da concessionária ou permissionária, porque a omissão do concedente não exclui a responsabilidade daquela.

4. SUBCONCESSÃO

É o instrumento pelo qual o concessionário, durante a execução do contrato, repassa parte de seu objeto para terceiros. A subconcessão está prevista no art. 26 da Lei n. 8.987/95. Para a transferência de parte do objeto do contrato de concessão para terceiros, deve-se observar os seguintes requisitos:

- previsão no contrato;
- autorização do poder concedente;
- licitação na modalidade concorrência pública.

Sendo espécie de contrato administrativo, a subconcessão deve seguir as regras da contratação com o Poder Público. O subconcessionário mantém vínculo com o poder concedente.

5. CONTRATAÇÃO DE TERCEIROS

Durante a execução de um contrato de concessão, o concessionário poderá celebrar contratos com terceiros, segundo dispõe os §§ do art. 25, da Lei n. 8.987/95, desde que não envolvam o objeto da concessão. O contrato com terceiros tem natureza de contrato privado (regido pelo Direito privado),

estabelecendo vínculos somente entre o concessionário e o terceiro, não tendo esse qualquer vínculo com o poder concedente.

6. INTERVENÇÃO

A intervenção está autorizada no art. 32, da Lei n. 8.987/95. É a possibilidade de o Poder Público interferir no contrato administrativo – decorre do poder de fiscalização que possui sobre o ajuste. O objetivo é verificar se há qualquer tipo de irregularidade na execução dos contratos.

Ao final da intervenção, se o Poder Público nada apurar, o serviço é retomado pelo concessionário que faz jus a uma indenização pelos prejuízos que sofrer. Se a suspeita de irregularidade se confirmar, a intervenção pode levar à extinção do contrato.

O instrumento da intervenção é o decreto. O prazo para apuração das irregularidades é de 180 dias.

A intervenção não é forma de extinção do contrato de concessão, é apenas um instrumento que viabiliza sua extinção.

7. FORMAS DE EXTINÇÃO

7.1. Aspectos Gerais

O art. 35, da Lei n. 8.987/95, elenca as formas de extinção dos contratos (rol exaustivo). As conseqüências encontram-se nos §§ 1.º e 2.º:

- Assunção do serviço pelo poder concedente: o serviço que estava sendo executado pelo concessionário, e cuja titularidade pertence ao Poder Público, volta para esse (o serviço é retomado).
- Reversão dos bens ligados à prestação do serviço: os bens que estavam sendo utilizados pelo concessionário para prestação do serviço público voltam ao patrimônio público.

7.2. Espécies de Extinção

a) Termo: é forma de extinção dos contratos de concessão em decorrência do término do prazo inicialmente previsto. É a única forma de "extinção natural".

b) Encampação: é forma de extinção dos contratos de concessão durante a sua vigência por razões de interesse público. Tendo em vista que o concessionário não deu causa à extinção do contrato, terá direito ao pagamento prévio de uma indenização. É necessária a edição de lei específica que autorize

a extinção do contrato por encampação. O Poder Judiciário pode fazer o controle de legalidade desse ato.

c) Caducidade: é forma de extinção do contrato de concessão durante a sua vigência por força do descumprimento das obrigações pelo concessionário. As hipóteses que dão ensejo à aplicação da caducidade estão dispostas no art. 38, § 1.º da Lei n. 8.987/95. Quando o concessionário descumpre suas obrigações, o poder concedente pode decretar a caducidade ou aplicar penalidades mais brandas, mantendo o contrato até o final. Antes de decretar a caducidade do ajuste, o Poder Público deverá comunicar ao concessionário a irregularidade, e se essa não for sanada instaura-se processo administrativo, assegurando-se a ampla defesa. Não sendo sanada a irregularidade, declara-se a caducidade por decreto, independente de prévia indenização e edição de lei específica. O § 5.º do artigo em comento prevê indenização posterior, descontados os valores das multas contratuais e os danos causados pela concessionária.

d) Rescisão: é forma de extinção do contrato de concessão durante a sua vigência pelo descumprimento, ou inexecução do contrato, das obrigações pelo poder concedente. Nesse caso a iniciativa será da concessionária mediante ação judicial. Entretanto, enquanto não sobrevier sentença com trânsito em julgado, a concessionária deve manter a execução dos serviços.

e) Anulação: é a forma de extinção dos contratos de concessão durante a sua vigência por razões de nulidades. Seus efeitos são *ex tunc* (retroagem a sua origem). Incidem as Súmulas n. 346 e n. 473, ambas do STF.

f) Falência: é a forma de extinção dos contratos de concessão durante a sua vigência, em vista da falta de condições financeiras do concessionário para continuar cumprindo o contrato.

8. AUTORIZAÇÃO

É um ato administrativo unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público transfere por delegação a execução de um serviço público para terceiros. O ato é precário porque não tem prazo certo e determinado, possibilitando o seu desfazimento a qualquer momento.

O que diferencia, basicamente, a autorização da permissão é o grau de precariedade. A autorização de serviço público tem precariedade acentuada e não está disciplinada na Lei n. 8.987/95. É aplicada para execução de serviço público emergencial ou transitório (p.ex: serviço de táxi; serviços de despachantes; serviço de guarda particular em estabelecimentos; serviços de pavimentação de ruas pela própria população etc.).

9. CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS

A execução de um serviço público pode ser centralizada, feita pelo Poder Público, ou descentralizada, transferida para terceiros, por:

- *Concessão:* é a delegação da execução de um serviço por contrato, com prazo certo e determinado. Não é precária.
- *Permissão:* é a delegação da execução do serviço público por ato discricionário e precário. Há, entretanto, divergência com relação a sua natureza. Alguns autores defendem que a permissão ocorre por contrato e não é precária – igualando-se à concessão.
- *Autorização:* ato administrativo de precariedade acentuada.

9.1. Permissão Imprópria ou Qualificada

É aquela que tem prazo certo e determinado, feita por contrato e sem caráter de precariedade – contestada pelos doutrinadores que não admitem a permissão de serviço público como contrato.

MÓDULO XIX

DIREITO ADMINISTRATIVO

Bens Públicos

DIREITO ADMINISTRATIVO

Bens Públicos

1. CONCEITO

Bens públicos são todos aqueles pertencentes ao patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, suas autarquias e fundações públicas, sejam móveis, imóveis ou semoventes (art. 65 do CC).

2. CLASSIFICAÇÃO

2.1. Quanto à Destinação

a) Bens de uso comum: são os destinados ao uso da coletividade como um todo. Geralmente são de utilização gratuita, como, por exemplo, ruas, praças, parques, estradas, mares; a exceção à gratuidade é o pedágio cobrado nas estradas.

b) Bens de uso especial: são aqueles destinados a atividades especiais relacionadas a um serviço ou a estabelecimentos públicos, como teatros, escolas, museus, quartéis, prédios de academia de polícia, aeroportos, cemitérios, entre outros.

c) Bens dominiais ou dominicais: não possuem destinação específica, como por exemplo, as terras devolutas (áreas pertencentes ao Poder Público não destinadas a fins administrativos específicos).

Os bens de uso comum e os de uso especial formam o conjunto de bens do domínio público, submetendo-se ao regime jurídico de direito público.

Os bens dominicais compõem o chamado patrimônio disponível do Estado – este exerce os direitos de proprietário, o que não acontece com as categorias anteriores. Submetem-se ao regime jurídico de direito público, mas não em sua totalidade.

3. REGIME JURÍDICO

3.1. Inalienabilidade

Em regra, os bens públicos não podem ser alienados, pois são bens fora do comércio. A alienação se verifica quando surge o interesse público. Requisitos:

- interesse público caracterizado;
- desafetação (uso comum e especial);
- avaliação prévia;
- licitação (concorrência ou leilão, art. 17 da Lei n. 8.666/93);
- imóvel (autorização legislativa).

Afetar é atribuir a um bem público uma finalidade específica. *Desafetar* é retirar do bem a finalidade que possuía.

Precisam ser desafetados os bens de uso comum e os especiais, os dominiais não precisam.

A avaliação prévia do bem é necessária para evitar que o bem público seja alienado a preço fora de mercado. A Lei n. 4.767/65 (que rege a Ação Popular) relaciona hipóteses de lesão a bens públicos, e o baixo valor da alienação é um deles.

P.: É possível a privatização de bens públicos?

R.: Sim, os instrumentos que transferem o uso de um bem público (não o bem em si), serão vistos no tópico 1.5.

3.2. Impenhorabilidade

Os bens públicos não podem ser dados em garantia para o cumprimento das obrigações contraídas pelo Poder Público.

Os débitos deverão ser saldados na forma do art. 100 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional n. 30/2000.As modificações efetuadas foram:

- acrescentou o § 5.º ao art. 100 o responsável pela quebra da ordem cronológica de pagamento dos precatórios incorre em crime de responsabilidade;

- inseriu o art. 78 às Disposições Transitórias, dispondo que o pagamento dos precatórios deve ocorrer em até 10 anos, ressalvados os créditos alimentares e de pequeno valor.

Créditos alimentares e de pequeno valor ficam fora da relação geral, formando uma lista à parte.Os créditos serão fixados pelas pessoas políticas respectivas.

Precatório é o título emitido a partir do trânsito em julgado de uma sentença que legitima os credores da Administração Pública. Devem ser apresentados até 1.º de julho de cada ano para que entrem no orçamento do ano seguinte.

O não-pagamento dos títulos enseja crime de responsabilidade, em face do Governador e do Prefeito, e intervenção federal.

3.3. Imprescritibilidade

Imprescritibilidade é a impossibilidade dos bens públicos serem adquiridos por usucapião – Súmula n. 340 do Supremo Tribunal Federal, consolidada pelos arts. 183, § 3.º, e 191, par. ún., da Constituição Federal.

4. USO DOS BENS PÚBLICOS

Quem pode estabelecer regras quanto ao uso de bens públicos é o seu titular.

5. OBRIGAÇÕES DOS TITULARES

A principal obrigação dos titulares é a de conservar o bem, segundo os arts. 23, inc. I, e 144, § 8.º, ambos da Constituição Federal.

6. INSTRUMENTOS PARA A TRANSFERÊNCIA DO USO

Para a transferência de uso de bens podem ser usados os seguintes instrumentos:

- *Autorização de uso*: é um ato administrativo unilateral, discricionário e precário, pelo qual a Administração, no interesse do particular, transfere o uso do bem público para terceiros por prazo de curtíssima duração, com dispensa de licitação. Exemplos: transporte de carga inflamável pelas ruas do município, fechamento de rua para comemorações.

- *Permissão de uso*: é um ato administrativo unilateral, discricionário e precário, pelo qual a Administração, no interesse da coletividade, transfere o uso de um bem público para terceiros, mediante licitação (quando houver mais de um interessado). Não há prazo certo e determinado.São exemplos de permissão de uso: instalação de bancas de jornal, colocação de mesas e cadeiras em calçadas, instalação de boxes em mercados municipais, barracas em feiras livres. A doutrina admite a possibilidade de permissão de uso

qualificada – aquela que, possuindo prazo certo e determinado, retira o caráter de precariedade.

- *Concessão de uso*: é um contrato administrativo pelo qual transfere-se o uso de um bem público para terceiros, para uma finalidade específica, mediante condições previamente estabelecidas. O contrato possui prazo certo e determinado e a precariedade desaparece. Exemplos: instalação de restaurante em aeroporto, lanchonete em parques. Trata-se de um ato bilateral; se a Administração rescindir o contrato antes do término, caberá a ela indenizar.

- *Concessão de direito real de uso* (variante da concessão de uso): incide sobre bens públicos não-edificados, para urbanização, edificação, industrialização.

- *Cessão de uso*: é um contrato administrativo, em que o uso de um bem público é transferido de um órgão para outro, dentro da própria Administração. É ato não precário porque possui prazo certo e determinado. Para que a cessão de uso seja efetuada exige-se autorização legislativa.

7. FORMAS DE AQUISIÇÃO DE BENS PÚBLICOS

As formas de aquisição de bens públicos são:

- Desapropriação;
- Confisco;
- Doação;

- Dação;
- Compra (precedida de licitação).

8. BENS DA UNIÃO (ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

Segundo o art. 20 da Constituição Federal são os seguintes os bens da União:

- *Mar territorial*: é a faixa de 12 milhas contadas do litoral onde o Estado exerce poderes de soberania (inc. VI);
- *Zona contígua*: é a faixa entre 12 e 24 milhas onde o Estado exerce fiscalização;
- *Zona exclusiva*: é a faixa de 200 milhas onde o Estado exerce direito exclusivo de exploração dos recursos naturais;
- *Plataforma continental*: é o prolongamento natural das terras continentais por debaixo da água;
- *Riquezas do subsolo*: compõem o patrimônio da União (incs. IX e X);
- *Terras ocupadas pelos índios* (inc. XI; o art. 231, § 2.º, permite o direito de usufruto exclusivo).

9. BENS DO PATRIMÔNIO NACIONAL (ART. 225, § 4.º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

Os bens do Patrimônio Nacional (art. 225, § 4.º, da CF) são:

- Floresta Amazônica;
- Serra do Mar;
- Pantanal;
- Zona Costeira;
- Mata Atlântica.

MÓDULO XX

DIREITO ADMINISTRATIVO

Praça Almeida Júnior, 72 – Liberdade – São Paulo – SP – CEP 01510-010
Tel.: (11) 3346.4600 – Fax: (11) 3277.8834 – www.damasio.com.br

1. RESPONSABILIDADE DO ESTADO

1.1. Definição

A responsabilidade do Estado se traduz numa obrigação, atribuída ao Poder Público, de compor os danos patrimoniais causados a terceiros por seus agentes públicos tanto no exercício das suas atribuições quanto agindo nessa qualidade.

Para o ressarcimento do prejuízo é necessário que esse seja certo, especial e anormal.

P.: Qual a extensão da expressão *agentes públicos*?

R.: A expressão engloba:

- *Agentes políticos:* parlamentares;
- *Servidores públicos:* funcionários públicos, empregados públicos e contratados em caráter temporário. Assim:
  - funcionário público é o servidor que titulariza um cargo (está sob o regime estatutário);
  - empregado público é o servidor que titulariza um emprego (regime celetista; não é o mesmo da iniciativa privada);

- contratados em caráter temporário são aqueles cuja contratação é baseada no art. 37, inc. IX, da Constituição Federal (para atender necessidade temporária de excepcional interesse público).

Tanto o funcionário como o servidor públicos são servidores nomeados em caráter efetivo, por meio de concurso público.

- *Particulares em colaboração com o Estado:* são aqueles que, embora não titularizem cargo ou emprego, prestam uma colaboração ao Estado, em caráter episódico (p. ex.: pessoas convocadas para integrar Júri, mesário em eleições etc.).

O Estado pode ser responsabilizado pelos danos causados por ação ou omissão dos agentes públicos, quando esses atuarem no exercício de suas atribuições.

1.2. Evolução Histórica

a) Irresponsabilidade do Estado

Nessa fase, o Estado não respondia por qualquer prejuízo causado a terceiros. Seu apogeu ocorreu no período do Absolutismo Europeu.

O Estado jamais poderia ser acionado para compor os danos sofridos por terceiros. Prevalecia a máxima *The King can do no wrong* (O rei nunca erra).

b) *Responsabilidade subjetiva ou com culpa (Teoria Civilista)*

O Estado passa a responder mediante a comprovação de culpa que poderia recair sobre o agente ou sobre o serviço.

A culpa recaía sobre o agente quando era possível sua identificação; caso contrário, incidia sobre o serviço. Nessa hipótese ocorria a chamada culpa anônima.

A culpa pela prestação do serviço era identificada pela expressão *faute du service*, traduzida como culpa ou falta do serviço. Verificava-se, quando o serviço:

- não funcionava;
- funcionava mal;
- funcionava atrasado.

Desta forma, por exemplo, num incêndio:

- se o corpo de bombeiros não aparecesse;
- se, presente, não dominasse o fogo;
- se chegasse depois que o fogo estivesse controlado.

c) *Responsabilidade objetiva (Teoria Publicista)*

O Estado responde pelos danos causados com base no conceito de nexo de causalidade – na relação de causa e efeito existente entre o fato ocorrido e as conseqüências dele resultantes.

Não se cogita a necessidade de aquele que sofreu o prejuízo comprovar a culpa ou o dolo, bastando apenas a demonstração do nexo de causalidade. A responsabilidade objetiva possui duas variantes:

- *Responsabilidade objetiva com base no risco integral*: o Estado é obrigado a indenizar qualquer prejuízo sofrido por terceiros, ainda que não tenha dado causa a ele. Pela teoria do risco integral, o Estado não pode invocar em sua defesa as chamadas excludentes de responsabilidade.

- *Responsabilidade objetiva com base no risco administrativo*: o Estado só responde pelos prejuízos, causados a terceiros, que tenha provocado. É permitido ao Estado invocar em sua defesa as excludentes de responsabilidade.

1.3. Histórico no Brasil

a) Constituição de 1937

"Art. 158: Os funcionários públicos são responsáveis, solidariamente, com a Fazenda Nacional, Estados e Municípios, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos."

Não havia necessidade de ação de regresso, uma vez que o funcionário público respondia solidariamente – poderia ser acionado conjuntamente com a Fazenda. Existia a chamada *responsabilidade subjetiva solidária*.

b) Constituição de 1946

"Art. 194: As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, agindo nesta qualidade, causarem a terceiro.

Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes".

O funcionário somente respondia se fosse comprovada a sua culpa em ação regressiva, desaparecendo a solidariedade.

c) Constituição de 1967 e 1969

"Art. 105: As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus funcionários, nesta qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação de regresso contra o funcionário que agiu com culpa ou dolo".

Acrescenta a possibilidade de ação regressiva no caso de dolo do agente.

d) Perfil atual – art. 37, § 6.º, da Constituição Federal

"As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

Pessoas jurídicas de direito público são aquelas que integram a Administração (direta e indireta).

As empresas públicas e as sociedades de economia mista respondem quando estiverem prestando serviço público. Aquelas que exploram atividade econômica não se obrigam a responder, de acordo com o art. 37, § 6.º, da Constituição Federal; sua responsabilidade equipara-se à das empresas privadas (é subjetiva, depende da demonstração de culpa).

Conclui-se que há pessoas que integram a Administração Pública e não respondem na forma do § 6.º do art. 37 da Constituição Federal; contudo, existem pessoas que, embora não integrem a Administração Pública, respondem na forma do § 6.º do art. 37 (p. ex.: concessionários e permissionários que prestam serviços públicos).

O dano que gera a indenização deve ser:

- *Certo*: é o dano real, efetivo, existente. Para requerer indenização do Estado é necessário que o dano já tenha sido experimentado. Não se configura a possibilidade de indenização de danos que podem eventualmente ocorrer no futuro.

- *Especial*: é o dano que pode ser particularizado, aquele que não atinge a coletividade em geral; deve ser possível a identificação do particular atingido.

- *Anormal*: é aquele que ultrapassa as dificuldades da vida comum, as dificuldades do cotidiano.

- *Direto e imediato*: o prejuízo deve ser resultado direito e imediato da ação ou omissão do Estado, sem quebra do nexo causal.

O dano indenizável pode ser material e/ou moral e ambos podem ser requeridos na mesma ação, se preencherem os requisitos expostos.

1.3.1. Ação de regresso – Requisitos

Os requisitos para a ação de regresso são:

- condenação com trânsito em julgado;
- caracterização de culpa ou dolo.

A Lei n. 4.619/65 estabelece o prazo de 60 dias para acionar o agente, a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória.

1.4. Excludentes ou Atenuantes da Responsabilidade

No Brasil, a responsabilidade é objetiva, baseada no conceito de nexo causal, na modalidade de risco administrativo. Uma vez acionado, o Estado pode invocar em seu favor as excludentes ou atenuantes de responsabilidade.

A doutrina diverge quanto ao tipo de responsabilidade existente no Brasil. Assim:

- Segundo Hely Lopes Meirellesa responsabilidade objetiva na modalidade é de risco administrativo, não importando a natureza do dano (se advindo da omissão ou ação do Estado).
- Para Celso Antônio Bandeira de Mello, se o dano for decorrente de uma omissão, significa que a responsabilidade recaiu sobre a não prestação de serviço, ou prestação deficiente, sendo a responsabilidade, na visão deste doutrinador, subjetiva *(faute du service*). No que tange às conseqüências da ação do Estado, Celso Antônio Bandeira de Mello concorda com Hely Lopes Meirelles, ou seja, a responsabilidade será objetiva.

São excludentes de responsabilidade: caso fortuito, força maior e culpa da vítima. O nexo de causalidade fica descaracterizado caso apareça uma dessas três circunstâncias, podendo o Estado afastar ou mitigar sua responsabilidade.

P.: O Estado responde por morte de um manifestante em uma passeata?

R.: Depende. Se o Estado foi avisado que a passeata iria sair e não tomou providências para manter a segurança, ou tomou providências insuficientes, responderá pela morte do manifestante. Se o Estado não foi avisado sobre a passeata, não responderá pelos prejuízos decorrentes da manifestação.

1.5. Pontos Polêmicos

a) Denunciação da lide

Alguns autores (Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio) entendem não poder denunciar à lide o agente responsável pelo prejuízo, pois o fundamento jurídico da responsabilidade do Estado e do agente é diferente: para aquele demonstra-se apenas o nexo causal; para esse é preciso provar o dolo ou culpa.

O art. 70, inc. III, do Código de Processo Civil, contudo, dispõe que a denunciação é obrigatória àquele que estiver obrigado, por força de lei ou de contrato, a indenizar em sede de ação regressiva. Hely Lopes Meirelles entende que, não obstante o disposto, somente seria aplicado nas relações particulares.

Para os demais autores, que defendem a responsabilidade subjetiva do Estado, a denunciação da lide seria possível considerando-se o fundamento jurídico da responsabilidade do Estado e do agente ser o mesmo (a demonstração da culpa).

b) Ação direta contra o agente público

Hely Lopes Meirelles entende que não há possibilidade de ingressar com ação diretamente contra o agente, porque o § 6.º do art. 37 da Constituição Federal dispõe que a responsabilidade é do Estado que tem direito regressivo contra o causador do dano.

Outros autores entendem que a possibilidade existe, tendo em vista que quem sofreu o prejuízo poderá optar por quem irá acionar. Concluem, entretanto, que se a vítima ingressar com ação direta contra o agente público não poderá, mais tarde, acionar o Estado.

1.6. Responsabilidade Judicial

De acordo com o art 5.º, inc. LXXV, da Constituição Federal, o Estado responde por erro judicial, assim como na hipótese do condenado previsto na sentença.

Não exclui ou atenua a responsabilidade do Estado, o fato de o agente não ingressar com ação no momento cabível para sair da prisão (não há culpa concorrente).

O erro judicial configura-se quando a sentença é dada além dos limites fixados no ordenamento jurídico. Quando a sentença é reformada em segunda instância, não há erro judicial.

A motivação da decisão serve para verificar se a sentença ultrapassa seus limites (consiste em mencionar o dispositivo legal aplicável e relacionar os fatos que concretamente levaram à sua aplicação).

O art. 133 do Código de Processo Civil estabelece a possibilidade de responsabilizar o juiz, por perdas e danos, em duas hipóteses:

- quando, no exercício das suas funções, agir com dolo ou fraude;
- quando se recusar, omitir, ou retardar a tomada de alguma providência, sem justo motivo.

1.7. Responsabilidade Legislativa

O Estado responde por leis inconstitucionais que causarem prejuízos a terceiros, desde que a inconstitucionalidade tenha sido declarada pelo Poder Judiciário. Os prejuízos não se limitam ao dano efetivo, englobando os lucros cessantes e os danos emergentes.

1.8. Responsabilidade Nuclear

O Estado responde por prejuízos, causados a terceiros, decorrentes de atividades nucleares. De acordo com o art. 21, inc. XXIII, “c”, da Constituição Federal, o Estado responde, independentemente de culpa; basta que haja o nexo de causalidade (responsabilidade objetiva).

De acordo com o art. 49, inc. XIV, da Constituição Federal, é de competência exclusiva do Congresso Nacional aprovar atos do Poder Executivo relativos à instalação de usinas nucleares.

Para alguns autores, os riscos relativos à energia nuclear incidiriam na modalidade risco integral (posição minoritária). Segundo a doutrina majoritária, a responsabilidade objetiva recai sobre a espécie risco administrativo.

MÓDULO XXI

DIREITO ADMINISTRATIVO

DIREITO ADMINISTRATIVO

1. LIMITAÇÕES DO ESTADO AO DIREITO DE PROPRIEDADE

1.1. Perfil Constitucional

A Constituição Federal assegura o direito à propriedade, conforme disposto no art. 5.º. É um direito individual, sendo, portanto, cláusula pétrea.

- *Art. 5.º, inc. XXII*: é garantido o direito à propriedade.
- *Art. 5.º, inc. XXIII*: a propriedade atenderá a sua função social.

Em seu art. 170, a Constituição Federal estabelece que *"a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

II – propriedade privada; ..."

O direito à propriedade tem limites, sendo condicionado ao bem-estar da sociedade e devendo ser respeitado como direito fundamental e como direito da atividade econômica. Com efeito, de acordo com a doutrina civilista de vanguarda, o direito de propriedade tem hoje, de acordo com o perfil impresso pela Constituição vigente, natureza jurídica de Direito de Ordenação Social.

1.2. Definição

O art. 524 do Código Civil estabelece que propriedade é o direito de usar, gozar, usufruir e dispor de um determinado bem, e de reavê-lo, de quem quer que injustamente o esteja possuindo.

O referido artigo abrange a propriedade de bens materiais e de bens imateriais. Bens imateriais (como o direito intelectual, que está disposto na Lei n. 9.610/98) é matéria que, nos dias de hoje, não está mais disciplinada pelo Código Civil.

1.3. Função Social

A propriedade, embora protegida pela Constituição Federal, deverá satisfazer às necessidades da sociedade.

A Constituição Federal define o que seja função social:

- *Propriedade urbana – art. 182, § 2.º, da CF*: *a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor* – plano diretor (art. 182, § 1.º, da CF) é o documento legal que estipulará as regras para o desenvolvimento ordenado de uma sociedade, de uma cidade. O plano diretor deverá conter: demarcação de zona de proibição de construção; zona de indústria; zona de residência; zona comercial; zona de tombamento e outras situações.

- *Propriedade rural – art. 186 da Constituição Federal*: a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente e segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- aproveitamento racional e adequado da propriedade (caráter subjetivo);
- utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente (caráter subjetivo);
- observância das disposições que regulam as relações de trabalho (caráter subjetivo);
- exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e também dos trabalhadores.

Para propiciar o bem-estar social, o Estado poderá intervir tanto na propriedade privada quanto nas atividades econômicas das empresas. O que se exige é que tal intervenção respeite os limites constitucionais que amparam o interesse público e garantem os direitos individuais.

Se a propriedade estiver cumprindo a sua função social, conforme disposto na Constituição Federal, a única possibilidade de intervenção é com base na supremacia do interesse público sobre o particular, ou seja, por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social; nesse caso, conforme disposto no art. 5.º, inc. XXIV, da Constituição Federal, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.

Se não estiver sendo cumprida a função social da propriedade, o proprietário sofre uma penalidade – perda da propriedade – e faz jus a uma indenização; porém, essa não será prévia, não será justa, nem em dinheiro (art. 182, § 4.º, inc. III, da CF).

Sendo o imóvel rural, deverá obedecer ao disposto no art. 184 da Constituição Federal.

Assim, a desapropriação poderá ocorrer, esteja ou não a propriedade cumprindo a sua função social: no primeiro caso, por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social; no segundo como penalidade. Em ambas ocorrerá a indenização, caso contrário ocorreria confisco, o que é proibido pela nossa Constituição Federal, salvo na hipótese de expropriação de glebas utilizadas para a plantação e cultivo de plantas psicotrópicas (art. 243 da CF).

1.4. Meios de Intervenção na Propriedade

Por ser o Direito de propriedade considerado verdadeira cláusula pétrea, núcleo intangível da Constituição Federal, as modalidades de intervenção na propriedade privada só podem estar previstas no texto constitucional, e são: A requisição; a ocupação temporária; a limitação administrativa; a servidão e o tombamento, a seguir definidas.

1.4.1. Requisição

Requisição é meio de intervenção na propriedade, que traz restrições ao direito de uso, diante da hipótese de iminente perigo público (exemplos: inundação, incêndio, sonegação de gêneros de primeira necessidade, conflito armado, comoção intestina).

É disciplinada pelo art. 5.º, inc. XXV, da Constituição Federal: *no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.*

O iminente perigo público, disposto no artigo em estudo, não está caracterizando o perigo em si, mas sim o perigo em via de acontecer.

Só comportará indenização caso exista dano decorrente da utilização por parte da Administração Pública.

1.4.2. Ocupação temporária

Ocupação temporária é a utilização transitória, remunerada ou gratuita, de bens particulares pelo Poder Público, para a execução de obras, serviços ou atividades públicas ou de interesse público. Essa prerrogativa estatal pode ser transferida a concessionários e empreiteiros, desde que autorizados pela Administração.

Tanto a ocupação temporária como a requisição são modalidades de intervenção quanto ao uso. A diferença básica entre ambas está em que, para a requisição, é necessário o iminente perigo público, enquanto para a ocupação temporária, que só pode ocorrer em imóvel não-edificado, não é necessário o iminente perigo público, bastando o interesse público.

A ocupação gera indenização, caso exista prejuízo decorrente do uso do bem pela Administração Pública.

1.4.3. Limitação administrativa

Limitação é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública, condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares, às exigências do bem-estar social. Assim, por exemplo, para a construção de um prédio, será necessário respeitar determinada altura, em obediência à lei de zoneamento. São preceitos de ordem pública, por isso impostos de forma

unilateral e imperativa. Deverão, contudo, corresponder às justas exigências do interesse público.

As limitações administrativas tanto podem constituir matéria privativa de lei – quando envolverem assunto que somente podem ser tratado por meio desta espécie legislativa – quanto ser impostas por regulamento (cuja forma é o decreto regulamentar), quando consistirem em especificação de matéria já constante em lei. Poderá também a Administração recorrer a provimentos de urgência para estabelecer limitações ao uso da propriedade.

As limitações administrativas ao uso da propriedade podem gerar obrigações e direitos subjetivos entre os vizinhos, obrigando a observância das limitações por parte dos que constroem sob imposições administrativas.

O direito subjetivo entre vizinhos, nas limitações administrativas, é assunto que vem causando profundas divergências nos tribunais. Há julgados que negam ação ao vizinho para exigir de seu confinante o atendimento das limitações.

É entendimento de Hely Lopes Meirelles[1] que, "no direito de construir, por expressa determinação do Código Civil, as normas de vizinhança são *sempre complementadas* pelas limitações administrativas ordenadoras da construção e assecuratórias da funcionalidade urbana".

O Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu decisão, confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, no seguinte sentido: *o proprietário lesado por obra vizinha, erguida com infração de normas edilícias, tem ação contra o dono da obra e contra a entidade pública que a autorizou legalmente*.

[1] *Direito Administrativo Brasileiro: Limitação Administrativa*. 26.ª ed. São Paulo: Malheiros , 2001. p. 596.

1.4.4. Servidão

A servidão é meio de intervenção na propriedade particular, que estabelece restrição quanto ao uso, por intermédio de imposição específica, concreta e onerosa, visando possibilitar a realização de obras e serviços públicos; por exemplo: obrigação, imposta a determinada propriedade privada, de suportar a passagem de fios de energia elétrica – imóveis particulares onerados como serventia pública.

A servidão é onerosa porque impõe dever concreto ao proprietário, apresentando restrição apenas a ele.

O proprietário submetido à servidão administrativa terá direito à indenização correspondente ao prejuízo causado ao imóvel. Não havendo prejuízo que decorra do uso da propriedade pelo Poder Público, nada há a indenizar.

1.4.5. Tombamento

O tombamento é o meio de intervenção na propriedade que faz restrições quanto ao uso, justificando-se nas hipóteses de proteção ao patrimônio artístico, cultural e científico, de coisas ou locais que devam ser preservados (art. 216, § 1.º, da CF).

Não é meio de transferência da propriedade. Essa permanece no domínio e posse de seu proprietário; porém, as coisas tombadas não poderão ser demolidas, destruídas ou modificadas, sem a autorização do Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural (IBPC).

Tombar significa registrar, inventariar, inscrever nos arquivos da Administração Pública. Interessante observar que a origem da palavra *tombamento* remonta ao Direito português, pois os registros eram realizados nos livros da *Torre do Tombo*.

São efeitos do tombamento:

- obrigação do proprietário de conservar o bem;
- obrigação de aceitar a fiscalização do Poder Público;
- os proprietários vizinhos ficam proibidos de realizar qualquer obra, construção, que retire a visibilidade do bem tombado;
- direito à indenização pelo proprietário, no caso de despesas extraordinárias tendo em vista a conservação do bem, nos casos de interdição do uso do bem tombado, ou de prejuízo à sua normal utilização.

MÓDULO XXII

DIREITO ADMINISTRATIVO

Desapropriação

DIREITO ADMINISTRATIVO

Desapropriação

1. DESAPROPRIAÇÃO

1.1. Conceito

A desapropriação ou expropriação é meio de intervenção estatal na propriedade particular.

Desapropriação é o procedimento administrativo por meio do qual alguém é compulsoriamente despojado de uma propriedade pelo Poder Público, que a adquire para si – por razões de necessidade pública, utilidade pública, interesse social ou por descumprimento da função social –, mediante indenização. O procedimento administrativo da desapropriação realiza-se em duas fases: a primeira, de natureza declaratória; a segunda, de caráter executório.

O artigo 5.º, inciso XXIV, da Constituição Federal, estabelece que a indenização proveniente de desapropriação será prévia, justa e em dinheiro. Para essa regra existem exceções, estabelecidas nos artigos 182, § 4.º, inciso III, e 184, ambos da Constituição Federal.

A desapropriação, em regra, é realizada pelo Poder Público; em hipóteses excepcionais, pode ser efetuada por particulares – concessionárias e permissionárias – autorizados pelo Poder Público; nesse caso, a desapropriação ocorre apenas quando há efetivo interesse público.

A desapropriação somente é legítima quando executada nos limites traçados pela Constituição e nos casos expressos em lei, observado o devido procedimento legal.

1.2. Finalidade da Desapropriação

A finalidade maior da desapropriação é a transferência do bem particular para a Administração Pública.

1.3. Características da Desapropriação

A desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade, pois dá ensejo a uma nova relação. Não provém de nenhum título anterior, por isso cessam os ônus reais incidentes sobre o bem. Eventual credor hipotecário terá substituído o direito ao bem pelo direito à indenização.

É objeto de desapropriação qualquer bem móvel ou imóvel dotado de valor patrimonial (artigo 2.º do Dec.-lei n. 3.365/41).

A desapropriação pode ser confiscatória, não ensejando direito à indenização, mas apenas na hipótese estabelecida no artigo 243 da Constituição Federal.

Não podem ser expropriados direitos personalíssimos, por exemplo, honra, liberdade, por serem indestacáveis do indivíduo.

Os bens públicos podem ser expropriados pelas entidades estatais desde que haja autorização legislativa para o ato e se observe a hierarquia política entre essas entidades; por exemplo, a expropriação de bens dos Estados pela União e de bens dos Municípios pelos Estados.

1.4. Espécies de Desapropriação

1.4.1. Desapropriação ordinária

Na desapropriação ordinária ou clássica, vigora o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. A desapropriação ordinária é realizada mediante indenização prévia, justa e em dinheiro. Possui como fundamento:

- necessidade pública;
- utilidade pública;
- interesse social.

1.4.2. Desapropriação extraordinária

A desapropriação extraordinária é realizada quando o bem particular, que está sendo desapropriado, não está cumprindo a sua função social. Pode ser:

- *desapropriação para observância do Plano Diretor do Município*: intervenção que ocorre quando a área não for edificada, estiver sendo subutilizada ou não utilizada. O art. 182, § 4.º, inc. III, da Constituição Federal, estabelece que o Poder Público municipal, mediante lei específica, promova "desapropriação com pagamento mediante título da dívida pública, de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais".

- *desapropriação para Reforma Agrária*: desapropriação privativa da União e realizada pelo INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. A Constituição Federal, em seus artigos 184 a 186, possibilita a expropriação do imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social.

Na hipótese de desapropriação extraordinária, a indenização ocorre; mas não será justa, nem prévia, nem em dinheiro.

1.5. Competência

1.5.1. Competência para legislar sobre desapropriação

Conforme disposto no artigo 22, inciso II, da Constituição Federal, a competência de legislar sobre desapropriação é privativa da União.

1.5.2. Competência para promover a desapropriação

Todos os entes políticos possuem competência para promover a desapropriação em caráter ordinário, ou seja, a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios.

No entanto, para promover a desapropriação extraordinária, a competência é restrita:

- *imóvel urbano*: competência do Município;
- *imóvel rural*: competência da União.

DIREITO ADMINISTRATIVO

Desapropriação

1. FASES DA DESAPROPRIAÇÃO

1.1. Fase Declaratória

A fase declaratória da desapropriação consubstancia-se na indicação da necessidade, da utilidade, do interesse público, ou do interesse social do bem a ser expropriado.

A titularidade para a declaração expropriatória pertence ao Poder Público. Porém, também possuem legitimidade o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) (Dec.-lei n. 521/69), a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) (Lei n. 9.074/95) e os concessionários, desde que devidamente autorizados pela Administração (art. 18, inc. XII; art. 29, inc. VIII; e art. 31, inc. VI; todos da Lei n. 8.987/98).

O Poder Executivo e o Poder Legislativo possuem competência para a prática do ato expropriatório que dá início ao processo de desapropriação e o fazem com instrumentos diferentes:

- *o chefe do Executivo*: por intermédio de decreto;
- *o chefe do Legislativo* – artigo 8.º do Decreto-lei n. 3.365/41: por meio de lei (posição majoritária). Há autores que afirmam ser por intermédio de decreto-lei (minoritária).

1.1.1. Motivos para a decretação da desapropriação

São os seguintes os motivos para a decretação da desapropriação:

- *utilidade pública:* quando a transferência de bens de terceiros para a Administração lhe é conveniente, embora não seja imprescindível (art. 5.º do Dec.-lei n. 3.365/41);
- *necessidade pública:* a Administração, diante de uma situação de emergência, exige a transferência urgente de bens de terceiros para seu domínio e uso imediato;
- *interesse público:* o fato que irá caracterizar a desapropriação é uma situação de interesse público;
- *interesse social:* quando a desapropriação tem lugar para a distribuição ou o condicionamento da propriedade em benefício da coletividade ou de categorias sociais.

1.1.2. Efeitos jurídicos da declaração de utilidade pública e interesse social

Os efeitos jurídicos da declaração de utilidade pública e interesse social são três:

- Direito de as autoridades expropriantes penetrarem no imóvel (art. 7.º do Dec.-lei n. 3.365/41) – direito auto-executório. Se a Administração causar danos ao imóvel, responderá pelos prejuízos causados.
- Fixação do estado do bem, incluindo as benfeitorias nele existentes, o que gera efeitos no cálculo de indenização.

- Início da contagem do prazo de caducidade da declaração.

1.2. Fase Executória

A fase executória tem por finalidade a adoção das medidas necessárias para a implementação da desapropriação.

Pode ser realizada pela União, pelos Estados, pelos Municípios, Distrito Federal e Territórios, bem como, nos termos do artigo 3.º do Decreto-lei n. 3.365/41, pelos concessionários de serviços públicos, estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de Poder Público, se autorizados por lei ou por contrato. A Companhia do Metropolitano de São Paulo (Metrô), por exemplo, – concessionária de serviço público, pode promover desapropriação.

A fase executória pode ser processada tanto por via extrajudicial como por via judicial.

- *extrajudicial*: quando expropriante e expropriado chegam a um acordo sobre o valor da desapropriação, basta que esse acordo seja reduzido a termo para que se efetive a transferência do bem expropriado; se for imóvel, exige-se escritura no registro imobiliário competente;

- *judicial*: o expropriante proporá a ação de desapropriação.

O objetivo da desapropriação judicial limita-se ao exame extrínseco e formal do ato expropriatório, concedendo a imissão na posse quando for o caso, fixando a justa indenização e adjudicando o bem ao expropriante.

1.3. Indenização

A indenização constitui direito de ordem pública.

A indenização deve ser justa, prévia e em dinheiro (arts. 5.º, inc. XXIV, e 182, § 3.º, ambos da CF), exceto para as hipóteses de imóveis rurais sujeitos à Reforma Agrária (art. 184 da CF), quando, então, se admite indenização em título da dívida agrária. Não haverá, contudo, indenização se a desapropriação for de glebas em que se cultivem ilegalmente plantas psicotrópicas (art. 243 da CF) uma vez que, apesar de denominada pelo texto constitucional como expropriação, tem natureza jurídica de confisco.

1.4. Imissão na Posse

Conforme estabelece o artigo 15 do Decreto-lei n. 3.365/41, "se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens".

O artigo 33 do mesmo diploma, em seu § 2.º, autoriza o desapropriado, ainda que discorde do preço oferecido, a levantar 80% do depósito feito pelo expropriante, observado o artigo 34.

1.5. Destinação do Bem Expropriado

Nem sempre a desapropriação é realizada para a formação de patrimônio público. O bem pode ser transferido a terceiros, como ocorre na desapropriação por zona, na desapropriação para urbanização ou para formação de distritos industriais e na desapropriação confiscatória ou punitiva.

1.5.1. Desapropriação por zona ou extensiva

A desapropriação por zona, também denominada desapropriação extensiva, é autorizada e disciplinada pelo artigo 4.º do Decreto-lei n. 3.365/41.

O Poder Público desapropria área maior do que necessita, e as zonas excedentes podem ser vendidas a terceiros.

A desapropriação por zona pode ocorrer:

- quando a área desapropriada for contínua à necessária para realização de obra pública;
- quando as áreas próximas à área da desapropriação sofrem uma valorização brutal em razão da obra pública.

A declaração de utilidade pública deverá indicar as obras ou os serviços que serão realizados e qual a zona excedente que será abrangida pela desapropriação.

1.5.2. Desapropriação para industrialização ou urbanização

O artigo 5.º, "i", do Decreto-lei n. 3.365/41 estabelece que se trata de hipóteses de desapropriação por utilidade pública.

Os §§ 1.º e 2.º, do mesmo artigo, estabelecem exigências a serem cumpridas para construção ou ampliação desses distritos industriais ou urbanos.

1.5.3. Desapropriação indireta

A desapropriação indireta equivale ao esbulho possessório. É a desapropriação realizada sem o devido processo legal.

1.6. Retrocessão

O artigo 1.150 do Código Civil estabelece que "a União, o Estado, ou o Município, oferecerá ao ex-proprietário o imóvel desapropriado, pelo preço por que o foi, caso não tenha o destino, para que se desapropriou".

A retrocessão corresponde ao direito do proprietário de exigir a devolução do bem, ou o pagamento de indenização, em razão de o Poder Público não ter dado ao imóvel o destino apontado para a desapropriação.

P.: A retrocessão é um direito real ou pessoal?

R.: O Professor Hely Lopes Meirelles[1] entende que "a retrocessão é, pois, uma obrigação pessoal (não obstante, o STF entendeu que a retrocessão tem a natureza de direito real) de devolver o bem ao expropriado, e não um instituto invalidatório da desapropriação, nem um direito real inerente ao bem. Daí o conseqüente entendimento de que a retrocessão só é devida ao antigo proprietário, mas não a seus herdeiros, sucessores e cessionários".

1.7. Tredestinação

Tresdestinação (de acordo com a melhor gramática, segundo Hely Lopes Meirelles), ou tredestinação, é o desvio de finalidade na desapropriação. O bem desapropriado é empregado com outro fim que não a utilidade pública ou o interesse social.

[1] *Direito Administrativo Brasileiro.* 26.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 585.

O Professor Hely Lopes Meirelles[2] entende que, “se o Poder Público ou seus delegados não derem ao bem expropriado sua destinação legal, ficará o ato expropriatório sujeito a *anulação* e a *retrocessão*”. Todavia, se a finalidade diversa da originalmente estipulada permanecer de acordo com o interesse público, não haverá ilegalidade.

1.8. Desistência da Desapropriação

O Poder Público expropriante pode desistir da desapropriação, sendo para isso necessário:

- que a desistência seja anterior ao término da desapropriação – ou seja, até a incorporação do bem ao expropriante –, pois, após a transferência da propriedade, o Poder Público passa a ser dono; daí por diante, o que pode haver é retrocessão do bem;
- o pagamento de indenização;
- o ressarcimento das despesas.

Em princípio, o particular não pode opor-se à desistência, mas poderá exigir o ressarcimento dos prejuízos sofridos.

[2] *Op. cit.*. p. 584.

DIREITO ADMINISTRATIVO

Procedimentos Administrativos

1. INTRODUÇÃO

A Lei n. 9.784/99 contém normas sobre o processo administrativo no âmbito federal e a Lei n. 10.177/98 regulamenta o processo administrativo no âmbito estadual (aplicável ao Estado de São Paulo).

A Lei n. 9.784/99, que fixa normas gerais para o processo administrativo federal, é aplicável à Administração Pública direta e indireta dos três poderes, bem como ao servidor ou agente público dotado de poder de decisão, conforme estabelece o artigo 1.º do referido diploma.

A Constituição Federal, em seu artigo 5.º, inciso LV, estabelece que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

1.1. Teoria Geral do Processo Administrativo

Processo administrativo não se confunde com procedimento administrativo. O primeiro pressupõe a sucessão ordenada de atos concatenados visando à edição de um ato final, ou seja, é o conjunto de atos que visa à obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito

administrativo; o segundo corresponde ao rito, conjunto de formalidades que deve ser observado para a prática de determinados atos, e é realizado no interior do processo, para viabilizá-lo.

O processo pode realizar-se por diferentes procedimentos.

A Administração Pública cumpre sua finalidade (geração do bem-estar social ou atendimento do interesse público) de diferentes modos:

- edição de atos normativos;
- contratos administrativos;
- prestação de serviços;
- igualando-se ao particular (exploração de atividade econômica) etc.

1.2. Procedimento e Ato Complexo

Procedimento ou processo administrativo difere dos chamados atos complexos, que resultam da conjugação de vontades de órgãos distintos, mas em ato único, ou seja, mais de um órgão concorre para a manifestação de vontade única da Administração.

"Em suma: no procedimento ou processo administrativo, há vários atos, todos com finalidades específicas, distintas, sem prejuízo de possuírem também finalidade comum à generalidade deles.

No ato complexo, diferentemente, há *um só ato*, que se forma pela conjunção de 'vontades' de órgãos diferentes, sendo que ditas vontades estão

articuladas em uma *única* finalidade, sem que caiba discernir outra que lhes fosse, como inerência, diversa da que reside no ato."[1]

1.3. Objetivos do Processo Administrativo

O processo administrativo possui dois objetivos primordiais:

- *Resguardar direitos dos administrados:* existindo formalidade a ser cumprida pela Administração, o processo administrativo não revela surpresa para o destinatário do ato, ou seja, impõe forma obrigatória para certos atos como a instauração, a produção de provas e o julgamento.

- *Assegurar a transparência da Administração:* isso permite contestar judicialmente a atuação administrativa e torna acessível ao conhecimento por quem de direito, de tudo quanto motive o ato final.

1.4. Espécies de Processo Administrativo

O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello[2] ensina que "há distintas classificações de procedimento, que se agrupam em função de variados critérios:

- *procedimentos internos:* são procedimentos que se desenrolam circunscritos à intimidade, à vida intestina da Administração;

- *procedimentos externos*: são procedimentos de que participam os administrados;

[1] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13.ª ed. São Paulo:Malheiros, 2001. p.439.
[2] *Idem. Op. cit.* p. 444-445.

- *procedimentos restritivos:* procedimentos que podem ser meramente restritivos de direito ou sancionadores;

- *procedimentos ampliativos:* procedimentos que seriam as lacunas, permissões, autorizações.

O Professor Márcio Fernando Elias Rosa[3] bem ensina sobre a tipologia do processo administrativo: "A doutrina consagra a seguinte tipologia do processo administrativo (Hely Lopes Meirelles, Sérgio de Andréa Ferreira, Ana Lúcia B. Fontes e Odete Medauar):

a) *processo administrativo de gestão:* licitações, concursos de ingresso ao serviço público, concurso de movimentação nas carreiras, promoção e remoção;

b) *processos administrativos de outorga:* licenciamento ambiental, licenciamento de atividades e exercício de direitos, registro de marcas e de patentes;

c) *processos administrativos de controle:* prestação de contas, lançamento tributário, consulta fiscal;

d) *processos administrativos punitivos internos ou externos:* imposição de sanções disciplinares (internos) ou apuração de infrações (externos)."

2. PRINCÍPIOS DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

[3] *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 215. (Série Sinopse, 19)

2.1. Previsão Legal dos Princípios do Procedimento Administrativo

O artigo 2.º da Lei n. 9.784/99 estabelece de forma explícita, contudo meramente exemplificativa, os princípios do procedimento administrativo:

- legalidade;
- finalidade;
- motivação;
- razoabilidade;
- proporcionalidade;
- moralidade;
- ampla defesa;
- contraditório;
- segurança jurídica;
- interesse público;
- eficiência.

Há, todavia, princípios implícitos na lei federal:

- publicidade;
- oficialidade;
- informalismo ou formalismo moderado;

- gratuidade;
- pluralidade de instâncias;
- economia processual;
- participação popular.

2.2. Aplicabilidade dos Princípios

Princípio não é mera declaração de intenção. São normas que determinam condutas obrigatórias ou impedem comportamentos incompatíveis. O princípio representa um valor. Nos dizeres da doutrina de Celso Antonio Bandeira de Melo, são verdadeiros pilares de sustentação de todo o sistema, funcionando como vetores de interpretação, que por sua generalidade, informam o sistema jurídico, mesmo sem previsão expressa. Com efeito, na lição de Souto Maior Borges, conforme se colhe da obra de Roque Antonio Carrazza[4], "o princípio explícito não é necessariamente mais importante que o princípio implícito".

2.2.1. Princípio da publicidade

Aplicável por força do artigo 37, *caput*, e artigo 5.º, inciso XXXIII, ambos da Constituição Federal.

O princípio da publicidade possui maior amplitude no processo administrativo, por força do direito – assegurado a todos – de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidades ou abuso de poder (art. 5.º, inc. XXXIV, da CF).

[4] CARRAZZA, Roque Antonio.Curso de Direito Constitucional Tributário. 17.ªed.São Paulo:Malheiros,p.33.

A publicidade existe como regra; porém, o sigilo pode ser decretado, para a defesa de preservação da intimidade das partes envolvidas ou em razão do interesse social.

O artigo 2.º, parágrafo único, inciso V, da Lei n. 9.784/99 estabelece estar assegurada a divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição.

2.2.2. Princípio da oficialidade ou da impulsão

A Administração age na forma da lei, mas a movimentação do processo administrativo é atribuída sempre a ela. É o que estabelece tanto o artigo 5.º como o artigo 29 da Lei n. 9.784/99.

Referido princípio não incide, ao menos na mesma amplitude, no processo judicial, mas é amplo no processo administrativo.

O princípio da oficialidade é abrandado pelo artigo 30 da Lei n. 9.784/99, que dispõe serem "inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos".

2.2.3. Princípio do informalismo ou formalismo moderado

O procedimento administrativo é dotado de rito menos solene, dispensando formas rígidas; necessariamente, contudo, deve atender à forma legal.

O Professor Hely Lopes Meirelles[5] ressalva: "todavia, quando a lei impõe uma forma ou uma formalidade, essa deverá ser atendida, sob pena de

[5] *Direito Administrativo Brasileiro.* 26.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 643.

nulidade do procedimento, mormente se da inobservância resulta prejuízo para as partes".

2.2.4. Princípio da gratuidade

Em regra, a atuação administrativa é gratuita.

Não há despesas processuais, salvo nas hipóteses previstas em lei (art. 2.º, par. ún., inc. XI, da Lei n. 9.784/99). No desenvolvimento do tema, pode-se visualizar a onerosidade de determinados processos administrativos de outorga, que para sua realização exigem o recolhimento do tributo denominado taxa de polícia.

2.2.5. Princípio da ampla defesa e do contraditório

A ampla defesa e o contraditório são inerentes a qualquer processo, judicial ou administrativo. A Constituição Federal assegura aos "litigantes em processo judicial ou administrativo" a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

É a bilateralidade do processo que enseja a ampla defesa e o contraditório.

O princípio da ampla defesa e do contraditório se expressa por meio de atos como:

- notificação dos atos à parte interessada;
- possibilidade de exame das provas;
- direito de assistir à produção de prova;

- possibilidade de produção de defesa escrita.

O contraditório recebeu tratamento expresso na Lei n. 9.784/99, em seu artigo 3.º, incisos II e IV.

2.2.6. Princípio da pluralidade de instâncias

A Lei n. 9.784/99 limita em três as instâncias administrativas, sendo que a recorribilidade das decisões não pode estar sujeita a ônus ou encargos. Todavia, ante a inexistência, no ordenamento jurídico brasileiro, do sistema de controle dos atos da administração denominado "Contencioso Administrativo", que prevê a *coisa julgada administrativa*, em seu sentido próprio, insuscetível de revisão pelo poder judiciário, todos os atos da administração, sejam tomados em primeira ou em última instância, são revisíveis pelo judiciário, consagrando o sistema jurisdicional de controle dos atos da administração.

2.2.7. Princípio da economia processual

O processo é instrumento, e as exigências nele contidas devem ser compatíveis com a sua finalidade.

A lei prevê o aproveitamento dos atos, ou o saneamento de irregularidades meramente formais.

2.2.8. Princípio da segurança jurídica (princípio da estabilidade das relações jurídicas)

O princípio da estabilidade das relações jurídicas impede a desconstituição injustificada de atos ou situações jurídicas. A invalidação só é admitida se atender ao interesse público.

Referido princípio está previsto no artigo 2.º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei n. 9.784/99.

O artigo 55, do mesmo diploma, expressamente permite a convalidação de atos que apresentarem conflitos sanáveis.

2.2.9. Princípio da motivação

A motivação é obrigatória para assegurar o controle da Administração. A autoridade deve indicar as razões que a levaram a decidir.

O princípio da motivação decorre do devido processo legal, pois apura-se, por meio dele, a intenção do agente público.

3. FASES DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

No procedimento administrativo são reconhecíveis cinco fases:

- *Instauração*: é a apresentação escrita dos fatos e indicação do direito que ensejam o processo. Decorre de portaria, auto de infração, representação de pessoa interessada ou despacho da autoridade

competente. É essencial a descrição dos fatos, de modo a delimitar o objeto da controvérsia e a permitir a plenitude da defesa.

- *Instrução*: fase de elucidação dos fatos, marcada pela produção de provas, com a participação do interessado.
- *Defesa*: com base no artigo 5.º, inciso LV, da Constituição Federal.
- *Relatório*: elaborado pelo presidente do processo. Trata-se de peça opinativa, que não vincula a autoridade competente.
- *Julgamento*: decisão proferida pela autoridade ou órgão competente sobre o objeto do processo.

4. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

A Lei n. 8.112/90 dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Segundo o artigo 148 da Lei n. 8.112/90: “O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido”.

O artigo 146 da lei estabelece que, sempre que o ilícito ensejar a imposição de penalidade de suspensão por mais de 30 dias, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar.

A forma que deverá ser conduzido o processo disciplinar se encontra disposta no artigo 149 da Lei n. 8.112/90.

O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases (art. 151 da Lei n. 8.112/90):

- instauração;
- inquérito administrativo;
- julgamento.

O prazo para a conclusão do processo disciplinar não excederá 60 dias (art. 152 da Lei n. 8.112/90).

Conforme ensinamento do Professor Márcio Fernando Elias Rosa[6]: "O controle da legalidade do processo administrativo pode ser realizado de forma interna e externa. Internamente, pelo recurso administrativo e com a possibilidade de revisão a qualquer tempo. Externamente, pelo Judiciário, que poderá impor-lhe a anulação. O Judiciário não examina a conveniência ou oportunidade da sanção imposta, substituindo uma por outra, por exemplo. Poderá, *in casu*, examinado e conhecendo eventual ilegalidade, anular o processo administrativo, mas jamais substituir a autoridade competente para julgar e aplicar a sanção disciplinar".

[6] *Op. cit.* p. 217.

5. SINDICÂNCIA

A *sindicância* caracteriza-se por ser um processo administrativo simplificado, que objetiva a aplicação de penas para infrações das quais pode resultar advertência ou suspensão por até 30 dias. Conforme já observado, tem aplicação, como regra, para imposição de penas leves.

Não tem procedimento formal, mas deverá observar os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Quando se realiza uma *sindicância*, podem ocorrer três hipóteses, nos termos do artigo 145 da Lei 8.112/90:

- *ao término da sindicância, não é apurada nenhuma irregularidade*: circunstância em que será arquivada;
- *ao término da sindicância, constata-se a irregularidade investigada*: será ou não aplicada uma penalidade, que poderá ser advertência ou suspensão por, no máximo, 30 dias;
- *a irregularidade apurada é mais grave do que se imaginou*: ocasião em que a sindicância resultará na instauração de um processo administrativo disciplinar, e o apurado na sindicância poderá ser utilizado nesse processo, para sua instrução.

O *processo administrativo disciplinar* apresenta-se mais formal e mais rígido, sendo utilizado para apuração de qualquer irregularidade, com a aplicação de qualquer pena ou sanção, inclusive para aquelas penas ou sanções que podem ser apuradas por sindicância.

O parágrafo único do artigo 145 da lei n. 8112/90 estabelece ainda que "O prazo para conclusão da sindicância não excederá 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período, a critério da autoridade superior".

6. REVISÃO

A revisão do processo administrativo está disciplinada no artigo 174 da Lei n. 8.112/90. De acordo com a redação do artigos 174 da citada lei, e 65 da Lei n. 9.784/99, pressupõe a existência e fatos novos, ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada.

O artigo 182 dispõe: "Julgada procedente a revisão, será declarada sem efeito a penalidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos do servidor, exceto em relação à destituição de cargo em comissão, que será convertida em exoneração".

DIREITO ADMINISTRATIVO – EXERCÍCIOS OBJETIVOS

MÓDULO III

Favor desconsiderar o exercício 2 de Direito Administrativo do módulo III e substituir pelo a seguir:

2. Assinale a alternativa incorreta:

a) o ato administrativo composto distingue-se do ato administrativo complexo porque o primeiro é formado pela vontade única de um órgão, sendo apenas ratificado por outra autoridade, ao passo que o segundo se forma com a conjunção das vontades de diversos órgãos;
b) o ato administrativo simples é resultado da manifestação de vontade de um único órgão, unipessoal ou colegiado, independente do número de pessoas que participam da sua formação;
c) o poder disciplinar é uma obrigatoriedade punitiva interna da Administração e abrange as infrações relacionadas ao serviço;
d) a competência do Poder Judiciário para a revisão de atos administrativos restringe-se ao controle da legalidade do ato impugnado.

Cabe ressaltar que o gabarito continua inalterado.

DIREITO CIVIL

Lei de Introdução ao Código Civil

Prof. Vitor Frederico Kümpel

1. DECRETO-LEI N. 4.657/42

A Lei de Introdução ao Código Civil estabelece os alicerces de nosso sistema jurídico e constitui o nosso Direito Internacional Privado, sendo considerada norma de sobredireito, de acordo com a definição da doutrina, apresentando institutos e regras que abrangem todos os ramos do Direito. Podemos encontrar vários objetos para a referida lei. Os principais são:

- tratar da obrigatoriedade das leis, discorrendo sobre a vigência e eficácia destas;
- estabelecer o início e o fim da produção de efeitos das normas;
- apresentar todas as fontes do Direito;
- conferir ao intérprete princípios hermenêuticos e integrativos;
- solucionar o conflito das leis no tempo;
- resolver o conflito das leis no espaço.

1.1. Etimologia da Palavra Direito (Origem)

A palavra Direito tem origem em duas expressões latinas distintas:

- *Directum (linha reta)*: a nomenclatura vem do conceito geométrico "linha reta", simbolizando a retidão do sistema jurídico. A palavra apresenta o maior valor do Direito, que é o "justo". Todos os institutos jurídicos, sem qualquer exceção, visam a busca do justo, de forma implícita. O valor "justo" é objetivo, sendo encontrado nas fontes do Direito, principalmente nos princípios e regras constitucionais.

- *Jus, juris (vínculo*): a palavra em questão traz a idéia de relação jurídica, isto é, a relação lógica do sistema, estabelecida por uma premissa maior (norma), uma premissa menor (fato) e a conclusão, que é a subsunção do fato à norma.

1.2. Conceito de Direito

Direito é a norma que rege as ações humanas e suas conseqüências na vida real, estabelecida por uma organização soberana, com caráter sancionatório.

1.3. Acepção/Significado do Direito

Conforme conceito acima mencionado, podemos extrair quatro significados fundamentais para o Direito.

1.3.1. A busca do justo

Como já exposto, o justo é valor fundamental do Direito e se viabiliza por meio de três espécies de justiça, citadas a seguir:

- *Comutativa*: espécie de justiça particular, cujo maior objeto é o bem privado, onde um particular confere ao outro aquilo que lhe é devido, por meio de uma igualdade simples. Enxergamos a justiça comutativa na Teoria Geral dos Contratos. Existe uma equivalência entre os dois objetos, como ocorre na troca entre uma jóia e um automóvel.

- *Distributiva*: seu objeto é o bem privado, cuja divisão se dá por meio de uma igualdade proporcional. Estabelece-se por uma repartição feita pelo grupo social ao particular, conforme a necessidade, o mérito e a importância de cada indivíduo. As pessoas não são vistas de forma assemelhada, como na justiça comutativa. Na distributiva ocorre um tratamento diferenciado. Tem-se, como exemplo, o imposto sobre grandes fortunas, que incidirá sobre um grupo restrito de pessoas, quando de sua criação.

- *Geral ou social*: decorre de uma igualdade proporcional. Nessa relação proporcional, os membros da sociedade dão à comunidade o bem que lhe é devido.

1.3.2. **Norma agendi** *(direito objetivo)*

Norma agendi é a norma de agir. São as disposições típicas do sistema jurídico. É considerado o direito estático, porque não há incidência em casos concretos, havendo apenas abstração normativa, positivada e vigente no ordenamento jurídico.

1.3.3. Facultas agendi *(direito subjetivo)*

Facultas agendi é a faculdade de agir. Para alguns autores é o direito subjetivo; é a subsunção da norma ao caso concreto. É também considerada parte do juízo de concreção.

A *norma agendi*, que é estática, dinamiza-se na *facultas agendi*.

1.3.4. Direito enquanto sanção

Embora a sanção não seja da essência do Direito, já que a essência do Direito é o justo, a sanção compõe a natureza do Direito. Toda norma jurídica contém um preceito secundário explícito, dentro do sistema jurídico. Todas as normas jurídicas têm sanção; porém, a sanção não é encontrada no texto normativo, devendo o intérprete fazer uma integração com outros textos para encontrar a sanção adequada. Assim, podemos citar, como exemplo, uma das obrigações do casamento, disposta no artigo 231, inciso I, do Código Civil, ou seja, "fidelidade recíproca". A sanção para o descumprimento dessa norma não está no Código Civil e sim no artigo 5.º, *caput*, da Lei n. 6.515/77, conjugada com os artigos 10, 17 e 19 da mesma Lei do Divórcio. Logo, o infiel, na ação de separação judicial litigiosa, pode ser condenado à perda da guarda dos filhos, à obrigação do pagamento de pensão alimentícia e à perda do direito de uso do nome do outro cônjuge.

1.4. Causas de Direito

As causas de Direito são as formas como o Direito se estabelece, os fatores que determinam os efeitos do Direito. Quatro são as causas fundamentais:

- *Causa eficiente*: é a origem histórica do Direito. Discute-se se a origem advém do direito natural ou do direito positivo, devendo as questões filosóficas serem abstraídas para fins de concurso, limitando-se a uma sucinta abordagem. Segundo o direito natural, o sistema seria oriundo de princípios morais imutáveis que teriam sido incorporados ao ordenamento. Para alguns juristas é o famoso "dever-ser". De acordo com a corrente positivista, a origem do Direito se dá por meio de normas estabelecidas pelo poder político e que regulam a vida social, sendo tais normas as únicas capazes de definir comportamentos e impor sanções pelo descumprimento destes.

- *Causa final*: conforme já abordado, a maior finalidade do Direito, ou seja, seu valor fundamental, é a busca do "justo", que vem estabelecido nos princípios e regras constitucionais, nas leis infraconstitucionais e nas demais fontes adotadas pelo sistema.

- *Causa material*: embora o Direito em si seja uno, para fins didáticos sofre divisões que se prestam a uma melhor compreensão tópica. Uma das principais divisões é a dicotomia Direito Público e Direito Privado. O Direito Público tutela as relações em que uma das partes é o Estado, as normas são cogentes e o vínculo é de *subordinação*. O Direito Privado é aquele em que as partes são exclusivamente particulares, as normas são dispositivas e o vínculo é de *coordenação*. Como a classificação é insuficiente e imprecisa, temos

os direitos sociais, uma categoria intermediária, limite entre o Direito Público e o Direito Privado.

- *Causa formal*: forma de exteriorização do Direito; fontes do Direito.

1.5. Fontes do Direito

A matéria é tratada no artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil que estabelece: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". É sabido que o intérprete é obrigado a integrar o sistema jurídico, ou seja, diante da lacuna (ausência de norma para o caso concreto) ele deve sempre encontrar uma solução adequada. Aliás, basta verificarmos o verbo "decidirá" para entendermos que o sistema jurídico ordena a decisão do caso concreto.

Com efeito, diante da hipótese de anomia (ausência de normas), o ordenamento jurídico de um Estado deve adotar um entre os três sistemas conhecidos para solução da ausência de norma para o caso concreto, a saber:

- *"Non liquet":* sistema pelo qual o magistrado decide pela não-solução da relação jurídica, por não haver respaldo legal. Esse sistema é criticado por não atender aos fins primordiais da jurisdição (realização da justiça, pacificação social e resolução da lide).

- *Suspensivo:* por este, o intérprete suspende o andamento do feito, e conseqüentemente suspende a decisão para a relação jurídica, comunicando o legislativo da ausência de norma regulamentadora, para fins de edição.

- *Integrativo:* sistema pelo qual, ante a ausência de lei aplicável à relação jurídica sob decisão, o intérprete não pode se furtar à

sentença, devendo fazer uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de Direito. É o sistema adotado por nossa Lei de Introdução ao Código Civil.

O artigo 4.º, já mencionado, fez questão de estabelecer uma hierarquia entre as fontes, pois só autorizou o juiz a valer-se de outras fontes quando houvesse omissão na lei e impossibilidade de aplicação da analogia, buscando resoluções legais para casos semelhantes.

Assim, temos o seguinte quadro:

- *fonte principal*: lei;
- *fontes secundárias ou acessórias*: analogia, costumes e princípios gerais do Direito, doutrina, jurisprudência e brocardos jurídicos.

A doutrina diverge quanto às fontes secundárias. Alguns autores entendem que apenas a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito são fontes secundárias, não admitindo a doutrina, a jurisprudência e os brocardos jurídicos. A maioria, porém, entende que estas últimas, fontes secundárias, também estão presentes no sistema jurídico.

1.5.1. Lei

Lei é o preceito jurídico escrito, emanado do legislador e dotado de caráter geral e obrigatório. É, portanto, toda norma geral de conduta, que disciplina as relações de fato incidentes no Direito, cuja observância é imposta pelo poder estatal.

a) Classificação das leis

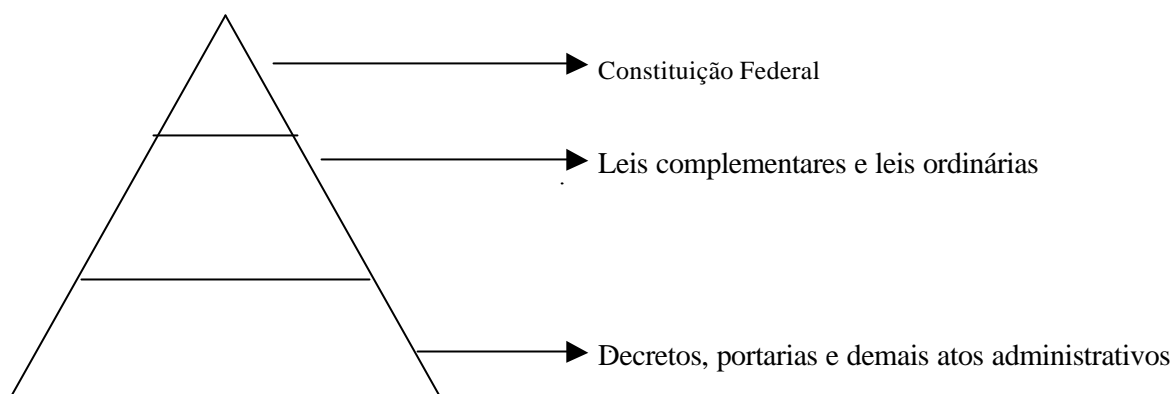
A classificação das leis, para o nosso estudo, tem por objetivo resolver o problema da antinomia, ou seja, o problema do conflito e da contradição das normas, hipótese em que mais de uma norma incide sobre o caso concreto. Antinomia deve, normalmente, ser resolvida por meio dos critérios mencionados a seguir, já que o hermeneuta (intérprete) só deve se valer de uma única norma para a solução de um determinado caso concreto, devendo eliminar as demais.

a.1. Quanto à hierarquia

As leis não estão todas no mesmo plano, ou seja, existe uma hierarquia entre elas. Como forma ilustrativa, podemos adotar o sistema piramidal preconizado por Kelsen, simbolizando a estrutura hierárquica das normas.

Constituição Federal

Leis complementares e leis ordinárias

Decretos, portarias e demais atos administrativos

No topo da pirâmide, temos o Texto Constitucional. Abaixo da Constituição Federal, temos as leis complementares e as leis ordinárias, ambas como substrato da Constituição Federal, havendo divergência na doutrina a respeito da supremacia das leis complementares em relação às leis ordinárias, ou da igualdade entre estas, existindo apenas campos diferenciados de

competência. Encontramos, ainda, as normas regulamentares, base do sistema piramidal, formadas por decretos, portarias e outros atos administrativos.

Existem alguns juristas que colocam as leis complementares em uma posição hierarquicamente superior às leis ordinárias, pelo fato dessas terem um processo de elaboração mais rígido, com um *quorum* maior para aprovação. Outros juristas entendem que as leis complementares e as leis ordinárias estão situadas em um mesmo nível hierárquico, uma vez que ambas retiram eficácia direta do Texto Constitucional. Não há uma posição melhor, devendo o intérprete adotar uma das existentes.

Na realidade, além da diferença formal quanto ao *quorum* de aprovação entre leis ordinárias e complementares, existe uma diferença material, já que o Texto Constitucional, quando exige elaboração de norma complementar, menciona expressamente "mediante lei complementar" e quando exige lei ordinária cita apenas "lei".

Por fim, na base da pirâmide estão os regulamentos e os decretos, além de todos os demais atos administrativos, sendo o substrato de todo o sistema hierarquicamente inferior às leis.

a.2. Quanto à especialidade

O critério hierárquico, acima explanado, é o primeiro instrumento do intérprete para resolver o fenômeno da antinomia e prevalece, inclusive, diante dos demais critérios de solução. Porém, tal critério é insuficiente ante o fato da grande maioria dos conflitos de normas ocorrer entre normas de mesmo nível hierárquico.

O segundo critério de classificação leva em consideração a amplitude das normas, tendo por postulado o fato de que se o legislador tratou com maior

acuidade de um determinado ponto do Direito, ele deve prevalecer sobre outro tratado de maneira geral.

- *Normas gerais*: são as normas que discorrem sobre todo um ramo do Direito. Temos, como exemplo, o Código Civil que é a norma geral do ramo civil.

- *Normas especiais*: são as que regulam determinado ramo do Direito. Exemplo claro é a Lei do Divórcio, que trata de um aspecto dentro do ramo civil. Dentre as leis especiais, há as de caráter extravagante, que têm por objetivo cuidar de tema já codificado. É o caso da Lei de Locações que modificou parte do Código Civil quanto ao referido contrato que, por sua vez, também era abordado de maneira geral.

A lei especial revoga a lei geral, ante o fato da primeira ter sido elaborada com maior rigor pelo jurista, versando sobre uma determinada matéria com maior acuidade.

a.3. Quanto à cronologia

O critério cronológico leva em consideração o momento em que a norma jurídica entra em vigor, passando a regulamentar uma determinada matéria e revogando as normas de igual conteúdo que já estavam no sistema jurídico. É a exata regra do artigo 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil. Tal critério só incide sobre as leis permanentes, já que as temporárias apresentam um regime jurídico próprio.

- *Leis permanentes*: não têm prazo certo para vigorar, ou seja, têm prazo de vigência indeterminado, vigendo até que outra a modifique ou revogue (artigo 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil).

- *Leis temporárias*: têm prazo certo para vigência, subdividindo-se em:
  - *expressas*: os prazos de vigência estão expressamente disciplinados na própria norma. Nesse caso, a norma tem conteúdo auto-revogatório (leis de vigência temporária);
  - *tácitas*: apesar de tais normas não terem prazo de vigência, são leis que vigoram apenas para uma situação especial. Com a cessação do fato, ou da situação, cessa também a norma (leis excepcionais).

A norma poderá ser eficaz e não ser efetiva, como no caso do casamento pelo regime dotal. É uma norma eficaz, considerando sua não-revogação; no entanto, não é efetiva, pois caiu em desuso.

O princípio fundamental é de que a lei posterior revoga a anterior.

b) Antinomia das leis

Como já mencionado, a classificação só tem interesse para resolver o fenômeno da antinomia, ou seja, o conflito de leis. Todo conflito de leis tem solução, já que o juiz é obrigado a decidir o caso concreto. Porém, alguns conflitos não podem seguir um critério rígido de solução, devendo ser solucionados caso a caso (conflito real). Outros conflitos, porém, adotam os princípios fundamentais para a solução, podendo ser seguido um critério uniforme de solução, chamado conflito aparente de normas.

Assim, os critérios que podem ser adotados são:

- *critério hierárquico*: a lei superior revoga a inferior;
- *critério da especialidade*: a lei especial revoga a geral;

- *critério cronológico*: a lei posterior revoga a anterior.

1.5.2. Analogia

Analogia é fonte formal mediata do direito, utilizada com a finalidade de integração da lei, ou seja, a aplicação de dispositivos legais relativos a casos análogos, ante a ausência de normas que regulem o caso concretamente apresentado à apreciação jurisdicional (a que se denomina anomia). Sua forma de utilização está melhor explicitada no item 3.4. deste módulo.

1.5.3. Costumes

O direito consuetudinário ou costumeiro pode ser conceituado como a norma aceita como obrigatória pela consciência do povo, sem que o Poder Público a tenha estabelecido.

O direito costumeiro apresenta os seguintes requisitos:

- *subjetivo (“opinio necessitatis”)*: é a crença na obrigatoriedade, isto é, a crença que, em caso de descumprimento, incide sanção;
- *objetivo (diuturnidade)*: constância na realização do ato.

A diferença existente entre o costume e o hábito está no elemento subjetivo, que inexiste neste último. Isso significa que no hábito existe a prática constante, porém, sem a crença da sua obrigatoriedade.

Os costumes classificam-se em:

- *“Contra legem”*: o costume não respeita as normas constantes do sistema jurídico. É a desobediência reiterada do comando legal com a crença na inefetividade da lei. Temos, como exemplo, o costume de não respeitar o sinal vermelho, por questão de segurança, após um determinado horário.

- *“Praeter legem”*: é aquele que amplia o preceito da lei. É previsão de uma conduta paralela, não prevista pela lei; porém, não proibida por esta, podendo-se citar, como exemplo, o cheque que, apesar de ser uma ordem de pagamento à vista, funciona como uma garantia de pagamento, respeitando-se sua dupla condição. O cheque pós-datado deve respeitar a data consignada para apresentação junto ao sacado, embora a apresentação à vista garanta o pagamento.

- *“Secundum legem”*: é o costume segundo o qual, o próprio texto da lei delega ao costume a solução do caso concreto. Esse caso é exemplificado pelo artigo 1.192, inciso II, do Código Civil, que determina ao locatário pagar pontualmente o aluguel segundo o costume do lugar, quando não houver ajuste expresso.

1.5.4. Jurisprudência

A jurisprudência é uma função atípica da jurisdição. São decisões reiteradas, constantes e pacíficas do Poder Judiciário sobre determinada matéria num determinado sentido. Não há necessidade de a jurisprudência ser sumulada para ser fonte. Aqui, cabe ressaltar que a jurisprudência não pode ser confundida com a orientação jurisprudencial, que é qualquer decisão do Poder Judiciário que esclareça a norma legal. A orientação jurisprudencial é apenas

um método de interpretação da lei e não precisa de uniformidade, sendo rara a adoção da jurisprudência como fonte.

Existem três posições quanto à jurisprudência:

- *corrente negativista*: para essa corrente, a jurisprudência não é fonte e Direito;
- *corrente jurisprudencialista*: tudo se resolve pela jurisprudência;
- *corrente eclética (realista)*: a jurisprudência pode ser usada desde que tenha conteúdo científico.

SÚMULA VINCULANTE	
Pontos Favoráveis	**Pontos Desfavoráveis**
Igualdade sistêmica.	Torna o Direito estático.
Limita o número de recursos para matérias amplamente discutidas, desafogando o Judiciário.	Há a necessidade de melhor sistematização dos métodos de criação e desconstituição sumular atualmente existentes

1.5.5. Doutrina

Chamada Direito Científico, é o conjunto de indagações, pesquisas e pareceres dos cientistas do Direito. Há incidência da doutrina em matérias não-codificadas, como no Direito Administrativo e em matérias de Direito estrangeiro, não previstas na legislação pátria.

Há duas orientações:

- *formalista*: o doutrinador é o doutor em Direito. Até a década de 60, essa orientação era pacífica;
- *informal*: não precisa ser escrita por doutor, bastando que seu autor consiga imprimir ao trabalho coerente conteúdo científico.

1.5.6. Princípios gerais do Direito

São postulados que estão implícita ou explicitamente expostos no sistema jurídico, contendo um conjunto de regras. Os princípios gerais de Direito são a última salvaguarda do intérprete, pois este precisa se socorrer deles para integrar o fato ao sistema. De acordo com as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, princípios são vetores de interpretação, que, por sua generalidade e amplitude, informam as demais regras, constituindo a base de todo o ramo do Direito ao qual se aplica.

1.5.7. Brocardos jurídicos

Brocardos jurídicos são frases, sentenças concisas e de fácil memorização, que encerram uma verdade jurídica (exemplo: *ne procedat judex ex officio* – princípio da inércia da jurisdição). Funcionam como meio integrativo, estando configurada hipótese de anomia. Aplicam-se a todo o sistema jurídico, sendo muitas vezes traduzidos como normas do ordenamento positivo. Exemplo: *Exceptio non adimpleti contractus* , que vem devidamente previsto no artigo 1.092 do Código Civil.

2. EFICÁCIA DA LEI NO TEMPO

2.1. Princípios

Os princípios que regem a eficácia da lei no tempo são os seguintes:

- *Princípio da obrigatoriedade (artigo 3.º da Lei de Introdução ao Código Civil*): segundo esse princípio, somente a norma jurídica publicada é obrigatória a todos e ninguém poderá descumpri-la, alegando ignorância. Portanto, o erro de direito é inescusável (*ignorantia legis neminem excusat*).

- *Princípio da continuidade (artigo 2.º, "caput", da Lei de Introdução ao Código Civil)*: tal postulado estabelece que uma norma permanente só perderá a eficácia se outra, de mesma ou superior hierarquia, vier modificá-la ou revogá-la. Portanto, a norma jurídica não perde vigência pelo mero decurso do tempo.

- *Princípio da irretroatividade (artigo 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil)*: a lei nova não pode retroagir para abarcar situações consolidadas por lei anterior. Visa estabelecer a segurança jurídica do sistema, por intermédio do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

2.2. "Vacatio Legis"

2.2.1. Conceito

Denomina-se *vacatio legis* o período de tempo que se estabelece entre a publicação e a entrada em vigor da lei. A lei não produzirá efeitos durante a

vacatio legis (artigo 1.º da Lei de Introdução ao Código Civil), incidindo a lei anterior no sistema. Existem dois motivos para sua existência:

- *cognitivo*: para que a lei seja levada ao conhecimento do destinatário antes de sua vigência;
- *instrumental*: para que os órgãos da administração se aparelhem, para que a norma ganhe efetividade.

2.2.2. Sistemas de "vacatio legis"

Exitem três sistemas distintos de *vacatio legis*, quais sejam:

- *Sistema simultâneo ou sincrônico*: de acordo com esse sistema, que é o sistema brasileiro, a lei sempre entra em vigor na mesma data em todo o território nacional. Há, portanto, uma sincronia na entrada em vigor da lei.
- *Sistema progressivo*: era o sistema da Lei de Introdução ao Código Civil anterior, no qual a vigência era distinta para locais distintos do território nacional. Substituído por gerar insegurança jurídica.
- *Sistema omisso*: segundo esse sistema, não existe *vacatio legis* e toda lei entra em vigor na data de sua publicação.

2.2.3. Espécies de "vacatio legis"

Há três espécies de leis referentes à *vacatio legis*:

- *Lei com "vacatio legis" expressa*: é a lei de grande repercussão, que, de acordo com o artigo 8.º da Lei Complementar n. 95/98, tem a

expressa disposição do período de *vacatio legis*. Temos, como exemplo, a expressão contida em lei deteminando "entra em vigor um ano depois de publicada".

- *Lei com "vacatio legis" tácita*: é aquela que continua em consonância com o artigo 1.º da Lei de Introdução ao Código Civil, ou seja, no silêncio da lei entra em vigor 45 dias depois de oficialmente publicada.

- *Lei sem "vacatio legis"*: é aquela que, por ser de pequena repercussão, entra em vigor na data de publicação, devendo esta estar expressa ao final do texto legal.

2.2.4. Contagem

A Lei Complementar n. 107/01 estabelece em seu artigo 8.º, § 1.º, o seguinte: "A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data de publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subseqüente a sua consumação integral".

2.3. Errata

Os erros encontrados na lei podem ser de duas espécies:

- *erro irrelevante*: não influi na interpretação da norma, não havendo necessidade de correção. É erro material, a ser corrigido de ofício pelo juiz.

- *erro substancial*: implica divergência de interpretação e poderá ocorrer em três fases distintas do processo legislativo:
    - *antes da publicação*: a norma poderá ser corrigida sem maiores problemas;
    - *no período de "vacatio legis"*: a norma poderá ser corrigida; no entanto, deverá contar novo período de *vacatio legis*;
    - *após a entrada em vigor*: a norma poderá ser corrigida mediante uma nova norma de igual conteúdo.

Observação: a Lei de Introdução ao Código Civil tratou da matéria no artigo 1.º, §§ 3.º e 4.º, preocupando-se com o erro substancial *antes* da entrada em vigor.

2.4. Revogação da Norma

É a hipótese em que a norma jurídica perde a vigência porque outra norma veio modificá-la ou revogá-la. A norma jurídica é permanente e só poderá deixar de surtir efeitos se a ela sobrevier outra norma que a revogue. O desuso não implica a perda da vigência da norma, e sim, a perda de sua efetividade.

A revogação de uma norma jurídica pode ser feita de duas formas:

- *revogação expressa*: um novo comando normativo dispõe expressamente a respeito da perda da eficácia da norma anterior;
- *revogação tácita*: a nova norma jurídica se torna incompatível com a norma anterior, ficando esta última revogada.

Essas duas modalidades de revogação podem se dar por ab-rogação ou derrogação:

- *ab-rogação*: é a revogação total da norma, ou seja, a norma antiga perde sua eficácia na totalidade;
- *derrogação*: é a revogação parcial da norma, ou seja, a norma antiga continua vigorando com alguns pontos revogados pela nova lei.

Para a verificação de revogação das normas, três critérios devem ser utilizados:

- *hierárquico*: verificar qual das normas é superior, independentemente da data de vigência das duas normas (exemplo: um regulamento não poderá revogar uma lei ainda que entre em vigor após esta);
- *cronológico*: a norma que entrar em vigor posteriormente irá revogar a norma anterior que estava em vigor;
- *especialidade*: as normas gerais não podem revogar ou derrogar preceito ou regra disposta e instituída em norma especial.

2.5. Não-repristinação da Norma

A não-restauração da norma é a impossibilidade que uma norma jurídica tem de, uma vez revogada, voltar a vigorar no sistema jurídico pela simples revogação de sua norma revogadora, ou seja, o "aniquilamento" da norma revogadora não restaura a norma revogada. O motivo dessa não-restauração de normas é o controle do sistema legal para que se saiba exatamente qual norma está em vigor. Admite-se, no entanto, a restauração expressa da norma, ou seja,

uma norma nova que faça tão-somente remissão à norma revogada poderá restituir-lhe a vigência, desde que em sua totalidade.

2.6. Conflitos da Lei no Tempo

2.6.1. Introdução

O direito intertemporal visa solucionar os conflitos entre as novas e as velhas normas, entre aquela que acaba de entrar em vigor e a que acaba de ser revogada. Isso porque alguns fatos iniciam-se sob a égide de uma lei e só se extinguem quando outra nova está em vigor. Para solucionar tais conflitos existem dois critérios:

- *disposições transitórias*: o próprio legislador no texto normativo novo concilia a nova norma com as relações já definidas pela norma anterior;
- *princípio da irretroatividade*: a lei não deve retroagir para atingir fatos e efeitos já consumados sob a lei antiga.

2.6.2. Direito adquirido

O direito adquirido é conceituado, de acordo com Gabba, como aquele que já se incorporou definitivamente ao patrimônio e à personalidade de seu titular, ainda que de efeitos latentes, de modo que nem a lei e nem fato posterior possa alterar tal situação jurídica.O direito adquirido apresenta os seguintes limites:

- não prevalece contra normas constitucionais, exceto, para alguns doutrinadores, se e quando decorrentes de emenda constitucional, pois

o Direito adquirido é cláusula pétrea, por ser direito previsto no artigo 5.º da Constituição Federal/;.

- retroage normas administrativas e processuais;
- retroage normas penais benéficas ao réu;
- retroage normas que dizem respeito ao estado e à capacidade das pessoas.

Dentro do conceito de Direito adquirido, existem dois que são espécies do gênero, quais sejam:

a) Ato jurídico perfeito

É o ato que tem aptidão para produzir efeitos. Alguns doutrinadores entendem que o ato jurídico não difere do negócio jurídico; no entanto, outros entendem que a diferença reside nos efeitos de um e de outro, tendo em vista que no ato jurídico os efeitos ocorrem independentemente da vontade das partes (exemplo: pátrio poder), enquanto no negócio jurídico os efeitos são perseguidos pelas partes (exemplo: contratos em geral).

O ato jurídico pode ser:

- *instantâneo*: aquele que, no momento de seu nascimento, já produz efeitos e, neste caso, não existe conflito de leis (exemplo: compra e venda à vista de um imóvel);
- *diferido*: é o ato que produz efeito em momento único; todavia, a concretizar-se em momento posterior à sua prática (exemplo: compra e venda, com entrega e pagamento a prazo);

- *de trato sucessivo, ou execução continuada*: ato que produz efeitos periodicamente, enquanto a relação jurídica se protrai no tempo (exemplo: contrato de locação com pagamento de parcelas periódicas).

O ato jurídico perfeito divide-se em duas espécies:

- *condicional*: há manifestação de vontade; porém, os efeitos dependem de evento futuro e incerto, diferente de mera expectativa de direito**;**

- *termo*: há manifestação de vontade; porém, os efeitos dependem de evento futuro e certo**.**

b) Coisa julgada

De acordo com a doutrina de vanguarda, coisa julgada é a qualidade dos efeitos da sentença, no sentido de lhes traduzir *imutabilidade*. Somente o dispositivo da sentença, cuja função é analisar o pedido, fará coisa julgada, não podendo haver coisa julgada quanto à fundamentação, em que se analisa a causa de pedir. A coisa julgada é soberana, ou seja, não pode ser alterada por ação rescisória, se decorrido o prazo legal para propositura desta (após o período de dois anos de trânsito em julgado, a questão ficará inquestionável).

3. HERMENÊUTICA JURÍDICA

3.1. Conceito

Hermenêutica jurídica é a ciência, a arte da interpretação da linguagem jurídica. Serve para trazer os princípios e as regras que são as ferramentas do intérprete. A aplicação, a prática das regras hermenêuticas, é chamada *exegese*.

3.2. Espécies de Interpretação

Sob o critério da natureza, ou meios de fazê-la, temos as seguintes espécies de interpretação:

- *gramatical*: busca o significado literal da linguagem, aplicando regras de sistematização da língua;
- *lógica*: busca contextualizar a norma, visando o seu alcance, e tem por base as normas anteriores e posteriores e o sistema em que está incluída;
- *histórica*: busca a intenção do legislador tanto no momento da feitura da norma quanto na origem do seu instituto, preponderando a análise da situação fática existente quando da edição do texto legal;
- *teleológica (sociológica)*: busca a adaptação da norma ao contexto social existente ao tempo de sua aplicação, alcançando a denominada interpretação evolutiva;

- *sistemática*: busca a interpretação contextual da norma, sua colocação nos textos positivos, suas subordinações a outros textos, sua ordem na espécie legislativa que a prevê e sua conseqüente seara de aplicação.

3.3. Sistemas de Interpretação

São três os sistemas de interpretação existentes:

- *Sistema da livre pesquisa*: o intérprete deve buscar a finalidade social da norma, ou seja, deve buscar o bem comum. A livre pesquisa é o sistema utilizado no Brasil (artigo 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil).

- *Sistema dogmático*: o Direito só pode ser interpretado com base na lei. É inoperante no sistema brasileiro.

- *Sistema histórico-evolutivo (Savigny)*: é aquele que procura abrandar o sistema dogmático. Como o anterior, também é inoperante no sistema brasileiro.

3.4. Passos na Interpretação e Integração da lei

São cinco os passos utilizados na interpretação da lei:

- *primeiro passo*: interpretação literal (gramatical);

- *segundo passo*: verificação dos quatro outros critérios (lógica + histórica + teleológica + sistemática);

- *terceiro passo*: utilização da analogia, e no tocante a esta aplicação, cumpre informar a existência de regra básica de hermenêutica apta a

informar a aplicação do meio integrativo analógico, traduzida na expressão latina *ubi idem ratio, ibi eadem dispositio* (onde há a mesma razão, aplica-se a mesma disposição);

- *quarto passo*: uso das fontes secundárias (costumes + doutrina + jurisprudência);
- *quinto passo*: utilização dos princípios gerais do Direito.

3.5. Resultados da Hermenêutica Jurídica

Por fim, quanto aos resultados encontrados na aplicação dos meios de interpretação das leis, a doutrina nos aponta três hipóteses de resultados, de acordo com a extensão da mensagem legal:

- *declarativo*: hipótese prevista quando o intérprete entende ter a lei dito exatamente o que pretendia em seu texto, sem restrições ou ampliações (também chamado resultado próprio);
- *restritivo*: assim denominado quando, na interpretação, o exegeta crê ter a lei dito mais do que precisaria dizer, restringindo, portanto, o alcance da norma interpretada;
- *extensivo*: é o resultado encontrado quando se considera que o texto legal determina menos do que queria, sendo necessária ampliação de seu campo de atuação para regulação normativa de determinados casos concretos.

3.6. A Lei de Introdução e o Novo Código Civil

O Decreto-lei n. 4.657/42 não sofre nenhuma alteração ou revogação em qualquer de seus dispositivos, com a entrada em vigor do Novo Código Civil (Lei n. 10.406/01). Isto porque, conforme afirmamos no início do capítulo, o objeto tratado pela Lei de Introdução é distinto do objeto do Direito Civil. Aliás, a Lei de Introdução não informa somente o Direito Civil, inserindo princípios e regras de todo o ordenamento jurídico. Aqui cabe destacar que a Lei de Introdução é posterior ao Código Civil de 1916 (Lei n. 3.071/16). Dessa forma, verificamos que já não introduzia o Código Civil de 1916 e, portanto, não introduz também o novo Código.

DIREITO CIVIL

Parte Geral do Código Civil

Prof. Vitor Frederico Kümpel

Os dispositivos da Parte Especial do Código Civil sempre sobressaem aos dispositivos da Parte Geral.

A Parte Geral do Código Civil subdivide-se em:

- *das pessoas*: trata dos sujeitos da relação jurídica;
- *dos bens*: trata dos objetos da relação jurídica;
- *dos atos e fatos jurídicos*: trata dos atos e fatos que formam a relação jurídica entre os sujeitos e os objetos. O Código Civil ao invés da velha expressão "ato jurídico" utiliza a expressão "negócio jurídico".

1. DAS PESSOAS NATURAIS

É o ser humano considerado como sujeito de direitos e obrigações. Para ser uma pessoa, basta existir, basta nascer com vida, adquirindo personalidade.

O artigo 1.º do Código Civil dispõe que: “toda *pessoa* é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. O Código Civil de 1916 dizia "todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil".

Com a palavra “homem”, o legislador afastou toda e qualquer situação em que os animais fossem capazes de direitos e obrigações (exemplo: um animal não poderá ser beneficiado por testamento).

Porém, note que a atual legislação substituiu a palavra "homem" por "pessoa", deixando mais técnica a disposição, alterando ainda a palavra "obrigação" por "dever", tendo ambas a mesma conotação.

1.1. Capacidade

É a medida da personalidade. Há duas espécies de capacidade:

- *de direito*: é a capacidade de aquisição de direitos, não importando a idade da pessoa (artigo 1.º do Código Civil);
- *de ato*: é a capacidade de exercício de direitos, de exercer, por si só, os atos da vida civil (artigo 2.º do Código Civil).

As pessoas que possuem os dois tipos de capacidade têm a chamada *capacidade plena*, e aqueles que não possuem a capacidade de fato são chamados incapazes, tendo a chamada *capacidade limitada*. No Brasil não poderá existir *incapacidade de direito*.

1.2. Incapacidade

É a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil.

Não se pode confundir incapacidade com falta de legitimação. O incapaz não pode praticar sozinho nenhum ato da vida jurídica. A falta de legitimação impede apenas a prática de um determinado ato da vida jurídica.

O incapaz é proibido de praticar sozinho qualquer ato da vida civil, sob pena de ser nulo todo ato praticado por ele.

A incapacidade pode se apresentar em duas espécies:

- *absoluta*: acarreta a proibição total da prática dos atos da vida civil, sob pena de nulidade (artigo 166, inciso I, do Código Civil), e é suprida pela representação;

- *relativa*: permite a prática dos atos civis, desde que o incapaz seja assistido por seu representante, sob pena de anulabilidade (artigo 171, inciso I, do Código Civil), e é suprida pela assistência.

Existem algumas exceções em que os relativamente incapazes podem praticar atos sozinhos, como fazer um testamento, aceitar mandato para negócios, celebrar contrato de trabalho com 18 anos etc.

O Código Civil está permeado de institutos que protegem os incapazes. Por tal motivo, o legislador destinou uma pessoa capaz para representar o absolutamente incapaz e para assistir o relativamente incapaz, suprindo assim a incapacidade. Institui-se, por conseguinte, a ação declaratória de nulidade do ato jurídico, ou ação anulatória. O sistema privado anterior a 1916 ainda era mais protetivo, pois previa o instituto da *restitutio in integrum*. Era um remédio de caráter extraordinário que garantia ao incapaz, mesmo que todas as formalidades tivessem sido observadas, a anulação do negócio jurídico. O artigo 8.º do Código Civil de 1916 sepultou o instituto que não respeitava

direitos adquiridos e gerava grande insegurança social. Mesmo sem expressa previsão do Código Civil atual, continua o sistema a repudiar a "restitutio in integrum", não mais de maneira expressa, mas agora de maneira implícita pelo sistema jurídico.

1.2.1. Incapacidade absoluta – artigo 3.º do Código Civil

São considerados absolutamente incapazes:

- menores de 16 anos;
- os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
- os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

a) Menores de 16 anos

São os menores impúberes.

b) Enfermo ou deficiente mental

O Decreto-lei n. 24.559/34 trata minuciosamente da situação dos loucos. Autoriza ao juiz, na sentença de interdição, fixar limites à curatela.

Para garantir que não haja interdições de pessoas capazes, o interditando deverá ser citado no processo para que exerça sua defesa. Havendo sentença de interdição, esta deverá ser publicada, pelo menos, três vezes no jornal local.

Sempre que um louco já interditado praticar qualquer ato jurídico sozinho, este será nulo, ainda que a terceira pessoa não soubesse da existência da sentença de interdição, tendo em vista a presunção da publicidade.

Para se decretar a interdição, é fundamental o exame médico que comprove a doença mental. O juiz deverá, ainda, fazer um exame pessoal do interditando, na forma de interrogatório com perguntas básicas, como nome de parentes, endereço, número de telefone etc.

O Código Civil é omisso quando se trata de ato jurídico praticado por deficientes ou enfermos antes da interdição. Como não existe a presunção da publicidade, a jurisprudência se manifestou nesse sentido da seguinte forma: "em princípio é nulo o ato praticado por deficiente ou enfermo, ainda que não haja interdição, tendo em vista o Código Civil haver sido genérico. No entanto, se terceira pessoa envolvida alegar boa-fé, ou seja, demonstrar que o negócio foi feito em condições normais (sem abuso) e que a deficiência não era notória (aparentemente o deficiente parecida normal e a deficiência não era de conhecimento de todos), pode-se validar o ato jurídico".

O Decreto-lei n. 891/38 regulou a interdição dos toxicômanos, que são aqueles que, em virtude do uso de tóxicos, perdem sua capacidade mental. Como nem sempre a dependência de tóxicos torna o toxicômano absolutamente incapaz, o Decreto-lei permitiu a fixação de limites para a curatela em caso de interdição, ou seja, o Juiz pode considerar o toxicômano relativamente incapaz, entendendo que ele poderá praticar alguns atos jurídicos. Com base nesse Decreto-lei, podem-se interditar, também, os alcoólatras. As duas hipóteses hoje são tratadas pelo Código Civil como de incapacidade relativa (artigo 4.º, inciso II), porém, podem gerar incapacidade absoluta quando a cognição da pessoa inexistir para a prática de atos jurídicos.

O Código Civil de 1916 usava a expressão "loucos de todo gênero". A expressão foi substituída pela falta de tecnicidade e até pelo seu uso pejorativo. Outras legislações utilizaram a expressão psicopata. Com acerto, temos a expressão "enfermo ou deficiente mental", aliás expressão que confere ao juiz ampla possibilidade de no processo de interdição estabelecer a pessoa entre os absoluta ou relativamente incapazes.

c) Pessoas, por motivos transitórios, sem expressão da vontade

Andou bem o Código Civil ao substituir a velha disposição que só incluía os surdos-mudos, que não podiam expressar a vontade, por todos aqueles que não conseguem expressar a vontade, por uma causa transitória. Aqui podemos incluir todos os que tenham algum problema físico que venha gerar a referida incapacidade.

1.2.2. Incapacidade relativa – artigo 4.º do Código Civil

São considerados relativamente incapazes:

- os maiores de 16 e menores de 18 anos;
- os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
- os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
- os pródigos.

a) Maiores de 16 anos e menores de 18 anos (menores púberes)

Embora exista um sistema de proteção aos menores incapazes, os menores púberes perdem essa proteção caso pratiquem qualquer ato disposto nos artigos 180 e 181 do Código Civil.

O Código Civil de 1916 dispunha no seu artigo 156 que, para efeitos civis, os menores púberes são equiparados aos maiores quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos dos quais forem culpados. O legislador, preocupado com o desenvolvimento intelectual, entendia que a maturidade havia chegado quando ocorria a prática e um ato ilícito. Portanto, o ato culposo ou doloso que trouxesse prejuízo a terceiro gerava responsabilidade ao menor. A omissão do novo Código Civil não altera a imputabilidade e responsabilidade civil do menor relativamente incapaz, adotando-se para a hipótese a regra geral do artigo 186 do Código Civil.

Portanto, como é o menor que atua na vida jurídica é a sua vontade que constitui a mola geradora, sendo a assistência um mero suporte para a prática do ato.

b) Ébrios habituais, toxicômanos e todos com discernimento reduzido

Foi a ciência médico – psiquiátrica que ampliou as hipóteses de incapacidade relativa, como no caso de alcoólatras ou dipsômanos, toxicômanos, entre outros que tenham sua capacidade cognitiva alterada. Todos esses precisarão da assistência de um curador (artigo 1767, inciso III, do Código Civil).

c)Excepcionais, sem desenvolvimento mental completo

A hipótese dá grande discricionariedade ao julgador, pois abarca todos os "fracos dementes", surdos – mudos, portadores de anomalias psíquicas, comprovados e declarados em sentença de interdição, que os tornam incapazes de praticar atos da vida civil, sem assistência de um curador (artigo 1767, inciso IV, do Código Civil).

d)Pródigos

São aqueles que não conseguem reter os seus bens e acabam chegando à miséria. O pródigo não é considerado louco, apenas possui um desvio de personalidade, podendo ser, no entanto, interditado a fim de se proteger sua família. O conceito de família é restrito ao cônjuge, aos descendentes e aos ascendentes.

A interdição do pródigo tem três características:

- se ele tiver família, poderá ser interditado;
- se ele não tiver família, não poderá ser interditado, tendo em vista não haver a quem proteger;
- a restrição que ele sofre é muito pequena, só se limitando à prática de atos que acarretam a redução de seu patrimônio (alienação, doação etc.) (artigo 1782 do Código Civil).

O pródigo pode livremente casar-se sem autorização de curador. Esse é o pensamento tanto do Professor Silvio Rodrigues quanto da Professora Maria Helena Diniz.

O Ministério Público poderá requerer a interdição se houver somente filhos menores, não existindo qualquer pessoa da família que tenha capacidade para requerer a interdição. A jurisprudência acoplou a companheira no rol da família para requerer a interdição do pródigo.

1.2.3. Silvícolas

É vulgarmente chamado de índio e sujeito a regime tutelar estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se adaptar a civilização do país. O artigo 4.º, parágrafo único, do Código Civil, estabelece: "A capacidade dos índios será regulada por legislação especial". A incapacidade estabelecida por lei especial não é uma restrição e sim uma proteção.

Há uma lei federal (Lei n. 6.001/73) que regulamenta a proteção dos silvícolas, que ficam sob a tutela da União (tutela estatal). Na vigência da lei anterior à Lei n. 6.001/73, foi criado um órgão para tutelar os silvícolas em nome do Estado: a FUNAI.

Os silvícolas não possuem registro de nascimento civil, sendo que seu registro é feito na própria FUNAI.

Se um silvícola se adaptar à civilização, poderá requerer sua emancipação, tornando-se, assim, pessoa capaz. Para a emancipação, os silvícolas devem comprovar que já completaram 21 anos de idade, que já conhecem a língua portuguesa e que já estão adaptados à civilização, podendo exercer uma atividade útil.

O Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73) dispõe que todo ato praticado por silvícola, sem a assistência da FUNAI, é nulo. O próprio Estatuto, no entanto,

dispõe que o juiz poderá considerar válido o ato se constatar que o silvícola tinha plena consciência do que estava fazendo e que o ato não foi prejudicial a ele.

1.3. Cessação da Incapacidade

Cessa a incapacidade quando desaparece a sua causa ou quando ocorre a emancipação (exemplo: se a causa da incapacidade é a menoridade, quando a pessoa completar 18 anos, cessará a incapacidade) (artigo 5.º do Código Civil).

A emancipação pode ser de três espécies (artigo 5.º, parágrafo único, do Código Civil): voluntária, judicial e legal.

a) Emancipação voluntária

Aquela decorrente da vontade dos pais. A idade mínima para a emancipação é 16 anos. Antes da vigência do atual sistema, a emancipação voluntária só poderia acontecer a partir dos 18 anos, porém hoje, por questão teleológica, a emancipação voluntária cai automaticamente para 16 anos.

A concessão da emancipação é feita pelos pais, ou de qualquer deles na falta do outro, como já era previsto pela própria Lei de Registros Públicos.

A emancipação só pode ocorrer por escritura pública, através de um ato unilateral dos pais reconhecendo que o filho tem maturidade necessária para reger sua vida e seus bens. O atual sistema é mais rígido que o anterior que autorizava a emancipação por escritura particular. O inciso I, do parágrafo único, do artigo 5.º foi expresso ao exigir o instrumento público. A escritura é irretratável e irrevogável para não gerar insegurança jurídica.

Hoje a jurisprudência é tranqüila no sentido de que os pais que emancipam os filhos por sua vontade não se eximem da responsabilidade por eles.

b) Emancipação judicial

É aquela decretada pelo juiz. O menor sob tutela só poderá ser emancipado por ordem judicial, tendo em vista que o tutor não pode emancipar o tutelado. O procedimento é regido pelos artigos 1103 e seguintes do Código de Processo Civil com participação do Ministério Público em todas as fases. A sentença que conceder a emancipação será devidamente registrada (artigo 89 da Lei 6.015/73).

c) Emancipação legal

Decorre de certos fatos previstos na lei (exemplos: casamento, estabelecimento do menor com economia própria, recebimento do diploma de curso superior etc.).

Qualquer que seja a idade, o casamento emancipa os menores. É um ato previsto em lei, que culmina na emancipação. No caso de casamento nulo, os efeitos da emancipação não serão válidos, voltando os menores à condição de incapazes. O casamento nulo putativo, ara o cônjuge de boa-fé também produz uma emancipação válida.

No caso de leis especiais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Transito Brasileiro etc., elas sempre irão se sobrepor ao Código Civil em relação à emancipação de menores, ou seja, ainda que sejam emancipados, os menores não poderão praticar atos não permitidos pelas leis

especiais (exemplo: um rapaz emancipado com 17 anos não poderia se habilitar para dirigir, visto que idade mínima para adquirir permissão ou habilitação é 18 anos).

1.4. Início da Personalidade Natural

Inicia-se a personalidade natural a partir do nascimento com vida. De acordo com o disposto no artigo 2.º do Código Civil, a personalidade civil começa a existir com o nascimento com vida, mas a lei protege, desde a concepção, os direitos do nascituro. Os direitos do nascituro, entretanto, estão condicionados ao nascimento com vida, ou seja, se nascer morto, os direitos eventuais que viria a ter estarão frustrados.

O nascituro é titular de direitos eventuais não deferidos, ou seja, são direitos que podem acontecer, mas que só serão deferidos a ele a partir do nascimento com vida. O nascituro é um ser em expectativa, tendo em vista ainda não ter personalidade. Sendo um titular de direitos eventuais, aplica-se ao nascituro o previsto no artigo 130 do Código Civil, que permite ir a juízo a fim de que se tomem precauções em relação aos seus direitos.

De acordo com o artigo 53 da Lei n. 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos), os natimortos deverão ser registrados. Se a criança nascer e respirar durante alguns segundos antes de morrer, ela adquiriu personalidade civil e deverá haver um registro de nascimento e um de óbito. A importância de se constatar se a criança respirou ou não, adquirindo ou não personalidade, está, por exemplo, em casos de herança, visto que, se a criança adquiriu personalidade, ela estará na qualidade de herdeiro.

A *docimasia hidrostática* de Galeno consiste numa experiência utilizada para verificar se a criança respirou ao nascer. Consistia na retirada do pulmão

da criança, mergulhando-o em um recipiente com água. Se o pulmão flutuasse, constatava-se que nele havia entrado ar, ou seja, a criança havia respirado.

Tramita um Projeto para alterar o novo Código Civil do próprio Deputado Ricardo Fiuzza estabelecendo um novo artigo 2.º, para a Lei 10406/02, que teria a seguinte redação: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo os direitos do embrião e os do nascituro". Portanto, o embrião também passaria a ser protegido pelas leis civis.

1.5. Extinção da Personalidade Natural

De acordo com o disposto no artigo 6.º do Código Civil, termina a existência da pessoa natural com a morte (morte real), presumindo-se esta quanto aos ausentes nos casos dos artigos 1.167, inciso II, do Código de Processo Civil, 37 a 39 e 1.784 do Código Civil.

A doutrina chama a declaração de ausência de “morte presumida”. Seus efeitos, no entanto, diferem-se da morte real, tendo em vista só atingirem a esfera patrimonial.

Pode haver morte presumida sem a decretação de ausência em duas situações (artigo 7.º do Código Civil):

1.ª) Se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;

2.ª) se a pessoa desaparecer ou se tornar prisioneira de guerra e não reaparecer até dois anos após o término da guerra.

A morte simultânea é a morte de duas ou mais pessoas ao mesmo tempo. Essas pessoas são chamadas de comorientes. Se não houver meios de saber qual das pessoas morreu, primeiro aplica-se o disposto no artigo 8.º do Código Civil, ou seja, a presunção de que morreram todas simultaneamente. Essa presunção de comoriência tem como conseqüência que os comorientes não podem herdar um do outro.

Ocorre a morte civil quando uma pessoa, embora viva, é tratada como morta, perdendo os seus direitos civis. No Direito Brasileiro está prevista no artigo 1.816 do Código Civil, só tendo efeitos em relação à herança.

1.6. Individualização da Pessoa Natural

Os elementos individualizadores da pessoa natural são três:

- nome;
- estado;
- domicílio.

1.6.1. Nome

O nome apresenta dois aspectos:

- *aspecto individual*: diz respeito ao direito que todas as pessoas têm ao nome;
- *aspecto público*: é o interesse que o Estado tem de que as pessoas possam se distinguir umas das outras, por isso regulamentou a adoção

de um nome por meio da Lei n. 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos).

O nome integra os direitos da personalidade (artigo 16 do Código Civil) e se compõe de três elementos:

- prenome ou nome;
- patronímico ou sobrenome;
- agnome.

a) Prenome

Pode ser simples ou composto e é escolhido pelos pais. A regra é de que o prenome é definitivo (artigo 58 da Lei n. 6.015/73). O prenome era imutável até o advento da lei 9708/98, passando não mais a ser adotado o princípio da imutabilidade e sim o princípio da definitividade. O nome passou a ser substituível por um apelido público notório.

Existem, além da hipótese acima, algumas outras exceções a regra da definitividade. São elas:

- *Em caso de evidente erro gráfico*: quando o escrivão escreveu o nome errado e necessita de uma correção (exemplo: o nome deveria ser escrito com Ç e foi escrito com SS). A mudança pode ser feita por requerimento simples ao próprio Cartório e será encaminhada para o Juiz-Corregedor do Cartório, sendo ouvido o Ministério Público. Se o juiz verificar que realmente houve um erro, autorizará a sua correção;

- *Prenomes que exponham o seu portador ao ridículo*: hoje é mais difícil alguém registrar o filho com prenome que o exponha ao ridículo, visto que, com a Lei n. 6.015/73, o escrivão tem o dever de não registrar tais prenomes. Os pais poderão requerer autorização ao juiz no caso de o escrivão não registrar o nome escolhido. Caso haja necessidade da mudança do prenome por este motivo, deve-se entrar com ação de retificação de registro e, se o juiz se convencer, autorizará a mudança. Em todos os pedidos de retificação, o Ministério Público requer que o juiz exija do requerente a apresentação da folha de antecedentes.

- *Costumes* – Além de apelidos públicos notórios que seriam outros nomes próprios substitutivos ao que consta no registro, temos o apelido no seu sentido pejorativo, isto é, um nome sem significado certo (exemplos: Pelé, Lula, Xuxa, Maguila etc.);

- *Lei de Proteção às Testemunhas*: as pessoas que entrarem no esquema de proteção à testemunha podem mudar o prenome e, inclusive, o patronímico, a fim de permanecerem no anonimato;

- *ECA*: o Estatuto da Criança e do Adolescente criou nova exceção, no caso de sentença que determina a adoção plena, em que se cancela o registro da criança, podendo os adotantes mudar tanto o prenome quanto o patronímico;

- Pode-se, ainda, mudar o prenome para a tradução de prenome estrangeiro (Willian por Guilherme, James por Thiago).

b) Patronímico

É o que designa a origem familiar da pessoa. Não é escolhido pelos pais, visto que a pessoa já nasce com o patronímico deles. O patronímico também poderá ser mudado:

- Em caso de adoção plena.
- Com o casamento, visto que tanto a mulher quanto o homem poderão utilizar o patronímico um do outro. Trata-se de uma faculdade do casal, visto que, se a mulher não quiser, não será obrigada a utilizar-se do patronímico do marido, como era antigamente.
- A dissolução do casamento poderá mudar o patronímico, ou seja, a mulher que utilizou o patronímico do marido, quando do casamento, com a dissolução poderá voltar a usar seu nome de solteira. A Lei dos Registros Públicos dispôs que a companheira também pode utilizar o patronímico de seu companheiro, mas se colocaram tantos obstáculos que raramente se vê um pedido deferido feito pela companheira.

De acordo com o artigo 56 da Lei de Registros Públicos, qualquer pessoa poderá, no primeiro ano após completar a maioridade, fazer mudanças no seu nome completo, desde que não modifique seu patronímico. Combinando-se, no entanto, esse artigo com o artigo 58 da mesma lei (prenome imutável), admite-se somente a inclusão de patronímico dos pais que não foram acrescentados, para se fugir dos homônimos. Se transcorrer o período disposto no artigo 56, poderá, ainda, fazer a mudança pelos mesmos motivos (artigo 57). A diferença é que no artigo 56 a mudança será administrativa e no caso do artigo 57 deve ser o pedido motivado e mediante ação judicial.

c) Agnome

É a partícula que é acrescentada ao final do nome para diferenciar as pessoas da mesma família que têm o mesmo nome (exemplos: Júnior, Neto etc.).

1.6.2. Estado

O estado é a soma das qualificações da pessoa na sociedade. Apresenta três aspectos:

- *aspecto individual*: diz respeito ao modo de ser das pessoas, são as características pessoais que representam a individualidade (exemplos: altura, peso, cor etc.);
- *aspecto familiar*: diz respeito à posição que ocupam na família (exemplos: casado, solteiro etc.);
- *aspecto político*: diz respeito à qualificação de nacionalidade e cidadania.

O estado tem três características importantes:

- *irrenunciabilidade*: não se pode renunciar aquilo que é característica pessoal;
- *inalienabilidade*: não se pode transferir as características pessoais;
- *imprescritividade*: o simples decurso do tempo não faz com que as pessoas percam o estado.

1.6.3. Domicílio

É a sede jurídica da pessoa, é o local onde ela é encontrada. De acordo com o artigo 70 do Código Civil "é o local em que a pessoa estabelece a sua residência com ânimo definitivo".

Assim, o conceito do artigo 70 do Código Civil apresenta dois elementos:

- *elemento objetivo*: é a residência;
- *elemento subjetivo*: é o ânimo definitivo.

É possível que a pessoa tenha mais de um domicílio. O artigo 71 do Código Civil dispõe que a pessoa poderá ter mais de um domicílio quando:

- tenha mais de uma residência onde alternadamente viva;
- tenha vários centros de ocupações habituais.

Existe a possibilidade de a pessoa ter domicílio, mas não ter residência. São os casos daquelas pessoas que viajam muito a trabalho, vivendo em hotéis. Antigamente eram chamados de "caixeiros viajantes". O artigo 73 do Código Civil dispõe que as pessoas que não tiverem residência fixa terão como domicílio o local onde forem encontradas.

Existem duas espécies de domicílio:

- *Necessário*: é aquele determinado pela lei (exemplo: os incapazes têm por domicílio o mesmo de seus representantes; o domicílio do funcionário público é o local onde exerce suas funções etc.). A

mulher não tem mais domicílio necessário, visto a isonomia prevista na Constituição Federal/88 e o disposto no artigo 1569 do Código Civil.

- *Voluntário*: pode ser:

  - *comum*: é aquele escolhido pela pessoa e poderá ser mudado por ela. A conduta da pessoa vai mostrar se ela teve ou não intenção de mudar o seu domicílio;

  - *especial (artigo 78 do Código Civil)*: é aquele que possibilita aos contratantes estabelecer um local para o cumprimento das obrigações (foro de contrato) ou um local para dirimir quaisquer controvérsias surgidas em decorrência do contrato (foro de eleição). A pessoa privilegiada poderá, no entanto, renunciar ao foro eleito para se utilizar do foro do domicílio do réu. Não terá validade o foro de eleição em contrato de adesão, salvo se não prejudicar o aderente.

DIREITO CIVIL

Pessoas Jurídicas e Bens

Prof.Vitor Frederico Kümpel

1. DAS PESSOAS JURÍDICAS

1.1. Conceito

A necessidade cada vez maior de circulação de riquezas para a sociedade, como fator de desenvolvimento coletivo, social, econômico e tecnológico, fez com que se desenvolvessem em nossa sociedade grupos afins de atuação conjunta na busca de objetivos, quando menos, semelhantes. Assim ocorreu com as corporações de ofício que, ao lado dos feudos da Idade Média, transformaram não só as práticas comerciais da época, mas todo o direito comercial, sendo considerados verdadeiros embriões das revoluções industriais e comerciais posteriores. Todavia, ante a necessidade crescente de agilidade nas negociações operadas por entes coletivos, bem como a necessidade de resguardo ante aos atos por estes praticados, são criadas as pessoas jurídicas, objeto deste estudo, abaixo conceituadas.

Assim, *pessoas jurídicas* são entidades às quais a lei empresta personalidade, capacitando-as a serem sujeitos de direitos e obrigações. A principal característica da pessoa jurídica é o fato de ela possuir personalidade própria distinta da personalidade de cada um de seus membros, nos termos do artigo 20 do Código Civil de 1916.

1.2. Natureza jurídica

Várias foram as teorias criadas para fundamentar a existência das pessoas jurídicas que, por sua vez, dividiram-se em dois grandes grupos: as teorias da ficção e as teorias da realidade. De acordo com os preceitos defendidos pelas "teorias da ficção", a pessoa jurídica não possui personalidade, sendo considerada uma verdadeira ficção doutrinária ou ficção legal. Essas teorias não foram admitidas no sistema jurídico brasileiro, tendo em vista ser o próprio Estado uma pessoa jurídica de Direito Público, da qual emana o Direito pátrio. Assim, as regras emanadas de uma ficção seriam, por óbvio, fictícias e, portanto, de observância facultativa.

Prevaleceram, então, outras teorias, pertencentes ao grupo das "Teorias da Realidade". Essas teorias da realidade se dividem em teoria da realidade objetiva; teoria da realidade técnica; e teoria institucionalista de Hauriou. Como bem esclarece o Prof. Silvio Rodrigues no seu "Curso de Direito Civil", Vol. 1, 32.ª edição, 2002, as três teorias suficientemente explicam o fenômeno em questão. A teoria da pessoa jurídica como realidade objetiva, estabelecida por Gierke e Zitelmann, adotada também por Pontes de Miranda, é a famosa teoria orgânica, pois são pessoas representadas por órgãos e representadas por pessoas que compõem os órgãos. Os órgãos são a expressão da vontade da pessoa jurídica. As pessoas jurídicas são uma realidade, com vida própria e com existência distinta das de seus membros. Segundo a teoria da realidade técnica o homem amplia os seus meios de ação e assegura o mais eficaz possível o nível de desenvolvimento da atividade humana. Já a teoria de Hauriou determina que a pessoa jurídica é uma instituição que cria um vínculo social, unindo os indivíduos que visam ao mesmo fim. No momento em que a instituição alcança certo grau de organização e automatização torna-se pessoa jurídica.

O artigo 45 do Código Civil estabelece que o começo da existência legal das pessoas jurídicas ocorre com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro. Portanto, a realidade da pessoa jurídica é objetiva. O artigo 20 do Código Civil de 1916 proclamava que a pessoa jurídica tem existência distinta da de seus membros, ou seja, não se confunde a pessoa jurídica com a pessoa de seus componentes. Isso significa que, entre outros exemplos de diferenciação, não se podem penhorar bens dos sócios para pagamento de dívidas da pessoa jurídica, ao menos *ab initio*. Para que as conseqüências oriundas do texto do artigo 20 não fossem utilizadas com a finalidade de lesar terceiros, surgiu, dentre outros mecanismos legais, a teoria da desconsideração da pessoa jurídica.

Por meio dessa teoria, é permitido ao juiz, em casos de má-fé, fraude, abusos, atos de insolvência, falência e extinção de atividades em caso de má-administração, etc., desconsiderar a regra do artigo 20 para permitir a penhora dos bens particulares dos sócios, sem, todavia, extinguir a pessoa jurídica ou ainda interferir em sua administração, o que se considera bem menos lesivo a esta, notadamente em razão de um de seus princípios basilares, a saber, o de sua preservação. Assim, se ficar provado que os sócios agiram inescrupulosamente para lesionar terceiros, o juiz poderá desconsiderar a pessoa jurídica, passando a enxergar os sócios como pessoas com personalidades próprias.

Cumpre registrar que esta teoria teve origem no direito anglo-saxão, com o nome de *disregard of the legal entity*, posteriormente difundida no direito norte-americano, onde recebeu o nome de *lifting of the corporate veil*, entre outros países como Espanha e Argentina. No Brasil era adotada por meio de analogia ao artigo 135 do Código Tributário Nacional até a edição de leis como o Código de Defesa do Consumidor (artigo 28), Lei de infrações à Ordem econômica (artigo18) e a Lei dos crimes praticados

contra o Meio Ambiente (artigo 4.º). Em que pese à previsão de aplicação, em sede contratual, somente no Código de Defesa do Consumidor, poder-se-á aplicá-la, por analogia, inclusive para contratos não regidos por este.

Por fim, o Código Civil prevê, em seu artigo 50, a teoria da desconsideração, que adota não somente atos objetivamente reveladores de utilização ilícita da pessoa jurídica, mas também atos subjetivamente apreciáveis, a exemplo da confusão patrimonial, seguindo orientação de juristas do jaez de Fábio Konder Comparatto.

1.3. Requisitos para a Constituição da Pessoa Jurídica

A doutrina aponta três requisitos para a constituição de uma pessoa jurídica, a saber:

1.3.1. Vontade humana criadora

É necessário que o grupo de pessoas, ao se reunir, tenha a intenção de criar uma pessoa jurídica. Quando há vontade para a criação de uma pessoa jurídica, que exercerá atividade empresarial, esse requisito é denominado *affectio societatis*.

1.3.2. Licitude de seus objetivos

É necessário que o objetivo da pessoa jurídica seja lícito. Se uma pessoa jurídica for constituída com fins lícitos e, com o decorrer do tempo, passa a distorcer suas finalidades, praticando atos ilícitos, poderá ser extinta. Registre-se que a expressão licitude de objetivos deve ser entendida de modo amplo, de

forma a inserir em seu conceito a moralidade dos atos e objetivos perseguidos.

1.3.3. Observância das condições legais

As condições que a lei impõe também devem ser observadas pelas pessoas jurídicas, até porque elas só existem em razão de um expediente técnico criado pelo ordenamento, em razão das finalidades perseguidas. São condições impostas pela lei:

a) Elaboração do ato constitutivo

Sendo uma associação, que tem por natureza a inexistência de fins lucrativos, deve-se elaborar um Estatuto como ato constitutivo. Se a pessoa jurídica tiver fins lucrativos, seja uma sociedade civil ou comercial, elabora-se um Contrato Social como ato constitutivo. As fundações possuem como ato constitutivo o testamento ou a escritura pública.

b) Registro do ato constitutivo

Somente a partir do registro a pessoa jurídica passa a ter existência legal. O artigo 45 do Código Civil dispõe que a existência legal da pessoa jurídica começa com o registro dos seus atos constitutivos. Esses atos deverão ser registrados no Cartório do Registro Civil das Pessoas Jurídicas. No caso de sociedade comercial, porém, o contrato social deverá ser registrado na Junta Comercial. Uma sociedade de advogados terá seu registro na subseção da Ordem dos Advogados do Brasil mais próxima. Para a maioria das pessoas jurídicas basta o registro para que elas tenham existência legal.

Enquanto o ato constitutivo não for registrado, a pessoa jurídica não passa de uma mera sociedade de fato. O artigo 20, § 2.º, do Código Civil de 1916 dispunha que a sociedade de fato não tem legitimidade ativa, mas tem legitimidade passiva. Tal disposição restou derrogada em razão do texto do artigo 12, inciso VII, do Código de Processo Civil que deu legitimidade tanto ativa quanto passiva, no aspecto processual, às sociedades de fato.

c) Autorização do governo

Algumas sociedades necessitam dessa autorização para constituição e funcionamento válido (artigo 45, última parte, do Código Civil). O artigo 20, § 1.º, do Código Civil de 1916 mencionava, exemplificativamente, algumas das sociedades que precisam da autorização do governo, a exemplo das Cooperativas, Caixas Econômicas etc. Esse rol é meramente exemplificativo, visto que hoje todas as instituições financeiras, consórcios e muitas outras foram inseridas nessa relação por meio de lei, necessitando da autorização do governo. O Código Civil atual não trouxe disposição paralela visto ser a matéria de direito público, não sendo da alçada do Código Civil.

1.4. Classificação das Pessoas Jurídicas

Vários são os critérios adotados para a classificação das pessoas jurídicas, dentre os quais passamos a explicitar, para fim de entendimento, os que abaixo seguem:

1.4.1. Quanto à nacionalidade

De acordo com o critério da nacionalidade, as pessoas jurídicas classificam-se em: nacionais e estrangeiras.

1.4.2. Quanto à estrutura interna

a) Corporações

O que caracteriza a corporação é a existência de seus membros. Toda corporação é representada por um grupo de pessoas, sendo que o patrimônio não é essencial. No Direito Romano, as corporações eram conhecidas como *universitas personarum*.

As corporações têm por objetivo sempre o bem-estar de seus membros, ou seja, existem para beneficiar os seus membros, a exemplo de uma Sociedade Comercial, que tem por finalidade a geração de lucro a estes.

O gênero corporações se subdivide em:

- *Associações*: são corporações sem fins lucrativos. Podem ter variadas finalidades, no entanto não visam ao lucro.

- *Sociedades civis ou comerciais*: as sociedades, tanto civis quanto comerciais, visam sempre ao lucro. Somente as sociedades comerciais praticam atos de comércio. As sociedades civis, em geral, são constituídas por profissionais liberais e prestadores de serviço, a exemplo de sociedades de advogados, sociedades de médicos etc.

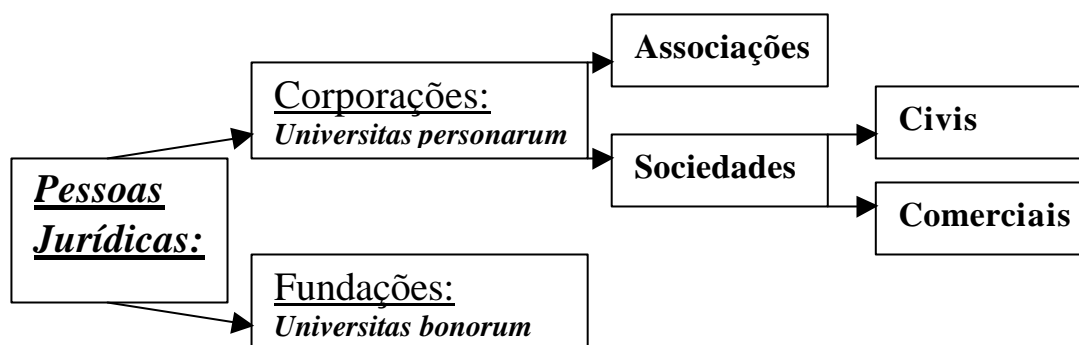
b) Fundações

Fundação é um patrimônio destinado a um determinado fim, ou seja, o que é essencial na fundação é o seu patrimônio. No Direito Romano, as fundações eram conhecidas como *universitas bonorum*.

O objetivo das fundações será sempre o bem-estar da sociedade, ou seja, as fundações existem para beneficiar a sociedade, a coletividade, e não o instituidor ou sua diretoria. Como exemplo, pode ser citada a Fundação de Combate ao Câncer.

As fundações poderiam ser comparadas às sociedades civis, no entanto não têm fins lucrativos. Sendo um patrimônio destinado a um determinado fim, esse objetivo é determinado pelo seu instituidor, ou seja, o dono do patrimônio é quem vai determinar a finalidade da fundação.

Para melhor memorização, apresenta-se abaixo organograma explicativo:* Classificação quanto à estrutura:

Pessoas Jurídicas:
- Corporações: *Universitas personarum*
  - **Associações**
  - **Sociedades**
    - **Civis**
    - **Comerciais**
- Fundações: *Universitas bonorum*

1.4.3. Fases de Criação de uma Fundação

A criação de uma fundação passa por quatro fases:

- *1.ª fase – ato de dotação*: é o momento em que o instituidor destina determinados bens para a criação da fundação. O artigo 62 do Código

Civil dispõe que o ato de dotação poderá ser feito por escritura pública ou por testamento. Se o ato de dotação quer por testamento ou doação, tiver patrimônio insuficiente para a finalidade da fundação, esse patrimônio será incorporado em outra fundação que se proponha a fim igual ou semelhante (artigo 63 do Código Civil). Pelo sistema jurídico anterior (artigo 25 do Código Civil de 1916), os bens eram convertidos em títulos da dívida pública para ser aumentado ou através de novas dotações, ou com seus próprios rendimentos, a fim de atingirem o montante necessário para que a fundação pudesse funcionar. Repare que o legislador quis garantir celeridade na constituição da fundação.

O parágrafo único do artigo 62 do Código Civil estabelece as finalidades da fundação particular e que são: religiosas, morais, culturais ou de assistência;

- *2.ª fase – elaboração dos estatutos*: pode ser elaboração própria ou elaboração fiduciária. A elaboração própria se dá quando o instituidor elabora pessoalmente o estatuto. A elaboração fiduciária é a modalidade de elaboração em que esta fica a cargo de alguém de confiança do instituidor. O Código de Processo Civil, em seu último capítulo, dedica uma grande importância ao Ministério Público, quanto à sua atuação junto às fundações. Determina a lei que o Ministério Público tem o dever de fiscalizar, ingressar com ação para destituir a diretoria e até extinguir a fundação, em caso de ilicitude de seu objeto. O artigo 1.202 do Código de Processo Civil dispõe que, se a pessoa que ficou encarregada da elaboração dos estatutos não a fizer dentro de 6 meses, esta elaboração ficará a cargo do Ministério Público, passando por uma apreciação do juiz. A mesma disposição está presente no artigo 65, parágrafo único, do Código Civil,

conferindo 180 dias para que o Ministério Público passe a ter a incumbência de elaborar o estatuto, quando o estatuto não for elaborado no prazo assinalado pelo instituidor.

- *3.ª fase – aprovação dos estatutos*: em geral, sendo elaborados pelo próprio instituidor ou pela pessoa de sua confiança, os estatutos passarão pela aprovação do Ministério Público. Caso o Ministério Público não os aprove, poderão passar pela apreciação do Juiz da comarca, de forma subsidiária, para que seja pelo magistrado suprida a aprovação do Ministério Público (artigo 65 do Código Civil). Sendo os estatutos, entretanto, elaborados pelo Ministério Público, deverão, sempre, passar pela aprovação do juiz (artigo 1202 do Código de Processo Civil);

- *4.ª fase – registro*: após vencidas todas as fases anteriores, a fundação deverá ser registrada no Cartório do Registro das Pessoas Jurídicas.

O artigo 554 do Código Civil estabelece a caducidade para os bens doados para a constituição de uma fundação se esta não tiver sido registrada até dois anos da lavratura da escritura de doação. Portanto, o prazo máximo entre a dotação através da escritura de doação e o registro, podendo ser aplicada a regra analógica para a morte do testador até o registro, o prazo máximo de dois anos. Caso nesse prazo não haja o registro, o bem volta ao doador ou é repassado aos herdeiros, no caso de testamento, responsabilizando-se aquele que deu causa à decadência de direito.

Havendo necessidade de alteração dos estatutos, esta alteração não poderá contrariar a finalidade da fundação, devendo ser aprovada por 2/3 dos componentes para gerir e representar a fundação, passando a seguir pela aprovação do Órgão do Ministério Público.

Os bens de uma fundação são inalienáveis, entretanto, admite-se a venda de seus bens, desde que o produto da venda seja aplicado na própria fundação, que o pedido de alienação passe por prévia audiência do Ministério Público e que haja autorização judicial.

Em relação às hipóteses de extinção das fundações, determina o artigo 69 do Código Civil os casos em que pode ocorrer a extinção de uma fundação, quais sejam:

- quando vencer o prazo de sua duração (entretanto é raro, tendo em vista que normalmente não se dispõe prazo de duração);
- quando se tornar ilícita a finalidade da fundação, o Ministério Público poderá ingressar com uma ação visando à sua extinção;
- quando se tornar impossível ou inútil a sua manutenção (a causa mais comum, nessa hipótese, é o surgimento de dificuldades financeiras).

Quando uma fundação se extingue, deve-se verificar se o próprio instituidor já previu a destinação dos bens. Se não o fez, o artigo 69 do Código Civil dispõe que os bens deverão incorporar em outra fundação de fins iguais ou semelhantes, designadas pelo juiz .

1.4.3. Classificação das pessoas jurídicas quanto à extensão de sua atuação

Em relação à seara de atuação das pessoas jurídicas, estas se classificam em:

a) Pessoas Jurídicas de Direito Público

As pessoas jurídicas de Direito Público se subdividem, por sua vez, de acordo com seus objetivos e extensão de sua área de atuação. São elas:

- *Pessoas Jurídicas de Direito Publico Externo*: são os diversos países, as diversas nações, incluindo-se organismos internacionais tais como a ONU, a OEA, a OTAN etc (artigo 42 do Código Civil).
- *Pessoas Jurídicas de Direito Público Interno*: são aquelas cuja atuação se restringe aos interesses e limites territoriais do país. Podem ser: Administração Direta (União, Estados, Municípios) ou Administração Indireta (autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas) (artigo 43, do Código Civil).

b) Pessoas Jurídicas de Direito Privado (artigo 44 do Código Civil)

Conforme anteriormente verificado, as pessoas jurídicas de Direito Privado se subdividem em corporações e fundações de Direito Privado, com todas as subdivisões antes estudadas.

1.5. Responsabilidade das Pessoas Jurídicas

A responsabilidade civil , notadamente a extracontratual, tem por norte o princípio da individualização, ou seja, cada um responde pelos danos decorrentes de seus atos. Em relação às pessoas jurídicas, pessoas reais criadas em razão de uma necessidade social, para melhor atendimento dos fins a que se destinam, a regra geral é a de que as pessoas jurídicas respondem pelos atos dos seus prepostos e empregados (artigo 930 do Código Civil). Com efeito, o

comando do artigo 932, inciso III, do Código Civil dispõe que também as pessoas jurídicas de Direito Privado respondem pelos atos de seus empregados. O artigo 1.522 do Código Civil de 1916 continha a expressão “abrange as pessoas jurídicas, que exercerem exploração industrial”, e foi interpretado de forma restritiva durante muito tempo, de modo a entender que somente as pessoas jurídicas com fins lucrativos respondessem pelos atos de seus empregados.

O entendimento hoje da doutrina e da jurisprudência é, no entanto, no sentido de que todas as pessoas jurídicas respondem pelos atos praticados por meio de seus prepostos e empregados, independentemente de terem ou não fins lucrativos. Por tal motivo, é que o novo Código Civil não teve disposição correspondente.

1.5.1. Pessoas jurídicas de Direito Público. Histórico de sua Responsabilidade. Fases.

A responsabilidade das pessoas jurídicas de Direito Público é estudada por nossos administrativistas desde que o Estado se fortaleceu como tal, e assume conotações diferenciadas desde a Idade Média até o presente momento histórico, passando por três fases principais, a saber:

1.ª Fase – irresponsabilidade do Estado: de ampla aplicação na Idade Média, notadamente em períodos monárquicos, previa que se o funcionário público causasse dano a alguém, somente ele responderia por esse dano. Essa fase durou, conforme dito, enquanto persistiu a monarquia dos déspotas, enfraquecida pelos ideais da revolução francesa. Era conhecida por um jargão identificador, qual seja, a

expressão "*The King do not wrong*". No Brasil essa fase terminou somente com a edição do Código Civil vigente, em 1916;

- *2.ª Fase (prevista no artigo 15 do Código Civil) - fase civilista da responsabilidade civil do Estado*: a responsabilidade do Estado passou a ser subjetiva, ou seja, para que o Máquina Pública fosse responsabilizada pelo dano decorrente de sua ação ou omissão, a vítima precisava provar a culpa aquiliana (*lato sensu*) do funcionário;

- *3.ª Fase (prevista a partir da Constituição de 1946)*: a responsabilidade do Estado foi regulamentada no texto constitucional, notadamente em razão da criação dos denominados direitos individuais de segunda geração, passando a ser tratada como matéria de Direito Público. Nesta fase, denominada fase publicista, a responsabilidade do Estado passou a ser objetiva, ou seja, a vítima não precisa mais se preocupar em provar a culpa do funcionário, somente devendo provar que sofreu um dano, além da relação de causalidade entre esse dano e o ato ou omissão de algum funcionário público no exercício de suas funções, ou pela execução, ainda que por particulares, de um serviço público, a exemplo dos concessionários e permissionários de serviços públicos.

No Direito Administrativo, surgiram algumas teorias que fizeram com que as Constituições a partir de 1946 acolhessem essa responsabilidade objetiva, tendo como fundamento o fato de que o Estado, na prestação de serviços de risco, deverá assumir todos os riscos que possam ocorrer no serviço público. Dessas teorias sobressaíram-se duas para justificar a responsabilidade objetiva do Estado:

- *Teoria do Risco Integral*: é muito rigorosa para com o Estado. Parte do princípio de que o Estado teria assumido integralmente todos os

riscos dos danos que os particulares sofressem por conta dos serviços públicos. Não admite qualquer escusa por parte do Estado, nem mesmo a alegação de caso fortuito ou força maior. Por essa rigidez, ela não foi acolhida pelo sistema jurídico brasileiro, ao menos em regra. Registra-se que, para determinada parcela da doutrina, essa modalidade de risco é adotada pelo ordenamento para fins de responsabilização do Estado, decorrente de atividades nucleares por este praticadas, em razão de sua notória periculosidade.

- *Teoria do Risco Administrativo*: consiste em responsabilizar objetivamente o Estado, todavia, com a permissão de que o Estado afaste totalmente a sua responsabilidade, caso consiga com êxito provar a culpa exclusiva da vítima, ou ainda a ocorrência de caso fortuito ou força maior. Desse modo, tal teoria tem a excelente técnica de inversão do ônus da prova, determinando a presunção relativa de ser o Estado culpado, todavia, permitindo que este prove a ocorrência de uma das excludentes anteriormente expostas. Assim, a título de exemplo, a inexistência de testemunhas em favor do Estado o prejudica, tendo em vista que será ele quem deverá provar eventual culpa da vítima ou casos fortuitos.

O Estado responde objetivamente, de acordo com a maioria da doutrina pátria, não só por ação, mas também por omissão. Registra-se, em relação a esse tema, opinião em contrário do doutrinador Celso Antonio Bandeira de Melo, para quem os atos omissivos da administração dependem da demonstração de culpa, pelo lesado, para que se possibilite a indenização. Por fim, em casos de culpa concorrente da vítima, a indenização será reduzida pela metade.

A Constituição Federal de 1988 trata da responsabilidade do Estado no artigo 37, § 6.º, trazendo duas inovações em relação às Constituições anteriores:

- a substituição da palavra “funcionário” por “agente”, tendo em vista ser a expressão agente, mais ampla;
- estendeu a responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviço público, ou seja, as concessionárias e as permissionárias de serviço público também terão responsabilidade objetiva, a exemplo das empresas de recolhimento de lixo, de administração de pedágios etc.

O artigo 37, § 6.º, da Constituição permite que o Estado mova uma ação regressiva contra o funcionário, ou seja, se o Estado vier a ser condenado por culpa de seu funcionário, terá direito a uma ação regressiva contra este. A responsabilidade do funcionário nesse caso, entretanto, é subjetiva, ou seja, depende de prova, pelo Estado, de culpa na atuação do funcionário contra o qual se pretende o regresso.

Sempre que alguém tiver direito a uma ação regressiva contra outra pessoa, poderá utilizar-se da denunciação da lide, de forma a agilizar a indenização possível pelo direito de regresso, atendendo assim, ao princípio da economia processual (artigo 70, inciso III, do Código de Processo Civil). Assim, caso o Estado tenha direito à ação regressiva contra o funcionário, poder-se-ia vislumbrar a possibilidade de o Estado denunciá-lo da lide quando da apresentação da contestação. A lide principal será aquela que a vítima move contra o Estado e a lide secundária será aquela que o Estado requer o regresso ao funcionário. Nesses casos, o Juiz deverá, em uma única sentença, decidir as

duas ações. O juiz, entretanto, poderá julgar procedente a lide principal e improcedente a lide secundária, caso o Estado não demonstre a culpa do funcionário.

Existe uma corrente doutrinária e jurisprudencial que entende não ser possível denunciar da lide ao funcionário público, em razão da diversidade de formas de responsabilização, causando conseqüentemente um atraso injustificado da lide principal, em que o lesionado requer indenização estatal. Assim, nesses casos, a denunciação da lide deveria ser indeferida, tendo em vista que a responsabilidade do Estado é objetiva e a do funcionário é subjetiva, havendo necessidade de demonstração de culpa. Essa mesma corrente também alega que não haveria sentido a denunciação da lide, tendo em vista o antagonismo, ou seja, o Estado contestar alegando culpa exclusiva da vítima e denunciar a lide alegando que a culpa foi de seu funcionário.

É possível que a vítima mova uma ação contra o funcionário e não contra o Estado. A vantagem é que a execução seria mais rápida, no entanto a vítima teria que demonstrar a culpa, tendo em vista que a responsabilidade do funcionário é subjetiva, além de arcar com os riscos da insolvência do agente causador do dano.

2. DOS BENS

2.1. Conceito

Considera-se *bem* tudo aquilo que existe no universo e que é útil ao homem. Há uma distinção entre bem e coisa. Bem é gênero e coisa é espécie. Somente são chamados de coisa aqueles bens que podem ser apreendidos pelo

homem (bens corpóreos) e que têm valor econômico. Registra-se na doutrina divergência a respeito da conceituação de bem e coisa. Assim, Sílvio Rodrigues, diversamente da maioria, entende coisa como gênero, e bem como espécie.

Há uma classificação que não consta do Código Civil, mas que é adotada pela doutrina, porque trazida desde o Direito Romano: bens corpóreos e bens incorpóreos. Bens corpóreos são os que têm existência material, a exemplo de uma cadeira, de um livro etc. Bens incorpóreos são os que têm existência abstrata somente, a exemplo de créditos, direitos de autor, direito à sucessão aberta etc. Existem algumas expressões sobre os bens que eram utilizadas no Direito Romano e passaram a ser utilizadas até hoje:

- *res nullis* (é a coisa de ninguém, que existe no universo, mas não pertence a ninguém, como peixes e animais selvagens);
- *res derelicta* (é a coisa abandonada, que já pertenceu a alguém e foi abandonada).

O patrimônio das pessoas é formado por bens corpóreos e bens incorpóreos. A classificação do Código Civil é uma classificação científica que agrupa os bens por sua natureza.

2.2. Classificação dos Bens

2.2.1. Dos bens considerados em si mesmos

O código classifica os bens, em primeiro lugar por si mesmos, não os comparando ou ligando com nenhum outro. Na classificação de bens móveis e

bens imóveis, a intenção do homem deve ser considerada. Exemplo: se o indivíduo planta uma árvore para corte, esta é chamada de bem móvel por antecipação.

a) Bens imóveis

São os que não podem ser transportados sem destruição de um lugar para outro. No artigos 79 e 80, o Código Civil classifica os bens imóveis em:

- *Bens imóveis por natureza*: preliminarmente, consideram-se bens imóveis por natureza o solo e seus acessórios e adjacências, ou seja, tudo aquilo que adere ao solo naturalmente, a exemplo das árvores, frutos e subsolo. Alguns autores entendem que deveria ser bem imóvel por natureza somente o solo; acessórios e adjacências deveriam ser chamados bens imóveis por acessão natural.

- *Bens imóveis por acessão industrial (artificial)*: é definido como tudo aquilo que resulta do trabalho do homem, tornando-se permanentemente incorporado ao solo. São as construções e as plantações.

- *Bens imóveis por acessão intelectual (por destinação do proprietário)*: a lei considera bem imóvel por acessão intelectual aqueles bens móveis que aderem a um bem imóvel pela vontade do dono, para dar maior utilidade ao imóvel ou até mesmo para o seu embelezamento, aformoseamento, a exemplo de um trator comprado para melhor utilização em uma fazenda, pois, enquanto o trator estiver a serviço da fazenda, será considerado como bem imóvel por acessão intelectual. São aqueles bens móveis incorporados ao bem imóvel pela vontade do dono. Assim como o proprietário imobilizou o bem

móvel, ele poderá, conseqüentemente, mobilizá-lo novamente quando não for utilizá-lo mais para aquilo a que se destinava.

- *Bens imóveis por determinação legal*: são determinados bens que somente são imóveis porque o legislador resolveu enquadrá-los como tal, para que se possibilite, em regra, maior segurança jurídica nas relações que os envolvam. Podemos citar o direito à sucessão aberta, ainda que o acervo seja composto única e exclusivamente de bens móveis; os direitos reais sobre imóveis e as ações que o asseguram; as apólices da dívida pública, quando oneradas com cláusula de inalienabilidade.

b) Bens móveis

Determina o artigo 82 do Código serem bens móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia. Podem ser classificados da seguinte maneira:

- *Bens móveis por natureza*: são bens móveis por natureza não só aqueles que têm movimento próprio, como também aqueles que não têm movimento próprio. Subdividem-se em bens móveis propriamente ditos (aqueles que não têm movimento próprio) e bens semoventes (aqueles que têm movimento próprio).

- *Bens móveis por antecipação*: aqueles bens imóveis que têm uma finalidade última como móvel. Assim, mesmo temporariamente imóveis não perdem o caráter de bem móvel, em razão de sua finalidade, a exemplo das árvores plantadas para corte.

- *Bens móveis por determinação legal*: são alguns bens que a lei considera móveis por determinação legal, e conseqüentemente, aplicando as disposições sobre bens móveis nas relações que os envolvam. São eles: Os direitos reais sobre objetos móveis e respectivas ações; os direitos de obrigação, e respectivas ações; além dos direitos do autor.

A lei permite, por exceção, que navios e aviões, que são bens móveis, sejam dados em hipoteca, todavia, sem perder a característica de bens móveis.

c) Bens fungíveis e bens infungíveis

O artigo 85 do Código Civil aplica essa classificação apenas aos bens móveis. São bens fungíveis aqueles bens móveis que podem ser substituídos por outros da mesma espécie, natureza e qualidade. Com efeito, certos bens são infungíveis porque possuem características especiais que os tornam distintos de outros da mesma espécie e qualidade, não permitindo, destarte, a sua substituição.

Registra-se que, de acordo com as lições do eminente Prof. Carlos Roberto Gonçalves, excepcionalmente, bens imóveis podem ser considerados bens fungíveis, a exemplo de várias pessoas proprietárias, em condomínio, de um conjunto de lotes ainda não divididos, ocasião em que cada um é proprietário de um número determinado de lotes, fungíveis, posto que ainda não identificados os seus proprietários.

A fungilibilidade ou a infungibilidade, podem decorrer também da vontade das partes, a exemplo de bens fungíveis emprestados para ornamentação e posterior devolução, a que a doutrina dá o nome de *comodatum ad pompam vel ostentationem.*

d) Bens consumíveis e bens inconsumíveis

O artigo 86 considera consumíveis os bens móveis cuja utilização acarreta a destruição da sua substância, a exemplo dos alimentos, e os destinados à alienação, como um livro, um disco, ou demais bens expostos para venda. Assim, há bens consumíveis de fato, ou materialmente consumíveis, como os alimentos em geral, e há bens consumíveis de direito, juridicamente consumíveis, como veículos, aparelhos elétricos colocados à venda etc.

O usufruto somente recai sobre os bens inconsumíveis, entretanto o artigo 1392, § 1.º, do Código Civil admite que o usufruto recaia sobre bens consumíveis, recebendo a denominação "usufruto impróprio", ou "quase-usufruto".

e) Bens divisíveis e bens indivisíveis (artigo 87 do Código Civil)

São divisíveis as coisas que podem ser partidas em porções distintas, formando, cada porção, um todo perfeito. Assim, o bem é divisível quando cada porção continua com as características do todo.

A indivisibilidade pode resultar da natureza, da lei e da vontade das partes:

- *Bem indivisível por natureza*: é aquele que, se for dividido, perde a característica do todo, a exemplo de um animal.
- *Bem indivisível por lei*: existem alguns bens que por natureza talvez fossem considerados divisíveis, entretanto a lei os torna indivisíveis. Como exemplo, podemos citar o Estatuto da Terra que, nos casos de área rural, exige que os terrenos rurais tenham, no mínimo, três alqueires.

Assim, numa área rural, o terreno de três alqueires torna-se indivisível para evitar que se tenham partes de terra muito pequenas.

- *Bem indivisível por vontade das partes*: há a possibilidade, nos casos de condomínio, de as partes convencionarem a indivisibilidade do bem. Essa indivisibilidade poderá valer por cinco anos no máximo (artigo 1.320, § 2.º, do Código Civil), podendo ser prorrogada por mais cinco. Nos casos de testamento e doação, não se pode, se o bem for considerado indivisível por vontade do doador ou testador, entende-se que o foi somente por cinco anos, sem possibilidade de prorrogação do prazo.

f) Bens singulares e bens coletivos

Os bens são singulares ou coletivos conforme a maneira como são encarados. Desse modo, se encararmos uma árvore isoladamente, ela será um bem singular, se encararmos várias árvores numa floresta, será um bem coletivo.

O Código Civil chama as coletividades de universalidades, que podem ser de fato ou de direito. O Código, ao falar das universalidades de direito, menciona como exemplos a herança e o patrimônio, mesmo se constituídas somente de direitos e obrigações, sem demais bens materiais.

2.2.2. Dos bens reciprocamente considerados

Após o estudo dos bens considerados em si mesmos, passamos ao estudo dos bens, quando reciprocamente considerados. Nessa ótica, dividem-se em principais e acessórios. *Bem principal* é aquele que existe por si, ou seja, não depende da existência de nenhum outro bem, possuindo existência própria. Por

sua vez, *bem acessório* é aquele que depende da existência do bem principal. Exemplo: a árvore é bem principal, já os frutos são bens acessórios. Essa classificação transfere-se também para os contratos, como exemplo, o contrato de fiança, que somente existe como forma de garantia fidejussória de pagamento de um outro contrato, muito comum nos contratos de mútuo e de locação.

O artigo 92 do Códex dispõe que a coisa acessória segue a principal, salvo disposição especial em contrário. Essa regra, que atende ao conteúdo disposto no brocardo jurídico *accessorium sequitur suum principale*, causa várias conseqüências:

- presume-se que o dono do principal também é dono do acessório;
- determina ter o acessório a mesma natureza jurídica do principal;
- extinto o principal, extingue-se também o acessório, mas a recíproca não se mostra verdadeira.

a) Categoria dos bens acessórios

Entram na categoria dos bens acessórios os frutos, os produtos, os rendimentos, as pertenças e as benfeitorias. Na doutrina, apresentam-se críticas à determinação de Clóvis Beviláqua, de considerar rendimentos como categoria de bens acessórios, pois, com efeito, os rendimentos nada mais são que os frutos civis da coisa, a exemplo dos juros cobrados pela disposição de numerário mediante contrato de mútuo feneratício. Diferem-se frutos e produtos, visto que os primeiros se renovam quando utilizados ou separados da coisa, não consistindo em extinção parcial do bem principal. Destarte, colhendo frutas de uma árvore, nascerão outras tantas. Já os produtos, se

exaurem com o uso, pois extinguem, ainda que parcialmente, a própria fonte. Exemplo: após anos de extração de determinado poço de petróleo, chegará o momento em que ele se exaurirá.

Acrescenta o diploma civil que também são acessórios da coisa as benfeitorias (artigo 96 do Código Civil), salvo a pintura em relação à tela, a escultura em relação à matéria-prima e qualquer trabalho gráfico em relação ao papel utilizado. Essas exceções foram criadas para valorizar o trabalho artístico. Assim, os acessórios dos trabalhos artísticos serão, nesses casos, a tela, a matéria prima e os papéis. Benfeitoria é todo melhoramento ou acréscimo feito em coisa já existente. Há uma diferença entre benfeitoria e acessão industrial (construções e plantações), uma vez que esta representa toda construção ou plantação nova. O artigo 96 do Código Civil apresenta e conceitua três espécies de benfeitorias. Estas podem ser:

- *Necessárias*: são aquelas benfeitorias destinadas a conservar a coisa, indispensáveis; são aquelas que, se não forem feitas, a coisa pode perecer, ou seu uso ser impossibilitado. São entendidas de forma ampla, como o pagamento de impostos, medidas judiciais de conservação da coisa etc.

- *Úteis*: são as benfeitorias que aumentam ou facilitam o uso da coisa; não são indispensáveis, mas, se forem feitas, darão mais aproveitamento à coisa, a exemplo da construção de mais um cômodo em uma casa.

- *Voluptuárias*: são as benfeitorias de mero deleite ou recreio, que vêm a aformosear o bem, aumentar-lhe o valor, embora não interfiram na normal utilização da coisa, como exemplo, a construção de uma piscina com cascata, ao redor de jardins, em uma casa.

Por fim, relativamente às benfeitorias, salienta-se que a classificação acima não tem caráter absoluto, devendo ser analisada de acordo com o caso concreto, a exemplo de uma piscina, que em regra é conceituada como benfeitoria voluptuária, mas que, para alguém que necessita fazer hidroterapia, ou ainda para uma escola de natação, mostra-se como benfeitoria útil.

O artigo 93 do Código Civil, estabelece: "São pertenças os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro". Apesar de acessória, a pertença conserva sua individualidade e autonomia, tendo apenas com a principal uma subordinação econômico - jurídica, pois, sem haver qualquer incorporação, vincula-se à principal para que esta atinja suas finalidades. Temos como exemplo a turbina de um avião, o órgão de uma igreja ou o motor de um automóvel.

2.2.3. Dos bens quanto aos titulares do domínio

Sob esse aspecto, os bens se dividem em públicos e particulares. O artigo 98 do Código Civil considera públicos os bens que pertencem à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; todos os demais são considerados particulares. Tem-se, no caso, verdadeira definição por exclusão.

Os bens públicos dividem-se em (artigo 99 do Código Civil):

- *de uso comum do povo*: todos aqueles de utilização comum, sem maiores ônus, pela coletividade, a exemplo das estradas, ruas, mares, praças; ressalte-se que é uma enumeração meramente exemplificava;
- *de uso especial*: bens destinados ao funcionamento e aprimoramento dos serviços prestados pela máquina estatal, de utilização, por vezes,

concedida aos particulares, em regra mediante contraprestação. Temos como exemplo os edifícios onde funcionam os serviços públicos;

- *dominicais (ou dominiais)*: aqueles que pertencem ao domínio privado do poder público, e desde que desafetados de qualquer utilização pública, podem ser alienados, de acordo com as regras previstas para alienação de bens da administração, a exemplo da licitação.

Os bens públicos têm características especiais, seguindo regras próprias, não sendo tratados no Direito Civil. Os bens dominicais, entretanto, ainda que sejam bens públicos, seguem as regras dos bens particulares, com algumas modificações operadas em sede de legislação especial, como a Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93).

Os artigos 100 e 101 do Código dispõem que a inalienabilidade, que é peculiar dos bens públicos, somente poderá ser afastada por lei, que por sua vez retira do bem a função pública à qual este se liga. A tal procedimento dá-se o nome de desafetação. Quando um bem dominical for utilizado para uma finalidade pública, ele será tratado como bem público, portanto, inalienável, em razão de sua afetação a uma função eminentemente pública. A afetação não depende de lei. Os bens públicos, desde a vigência do Código Civil de 1916, não podem ser objetos de usucapião, visto serem inalienáveis. Tal entendimento também é expresso na Constituição Federal e na Súmula n. 340 do Supremo Tribunal Federal. O novo Código Civil também estabelece que os bens públicos também não estão sujeitos a usucapião no seu artigo 102.

Em síntese: ocorre a *desafetação* quando a lei autoriza a venda de um bem público, desligando-o da função pública a que ele serve. Ocorre a *afetação* quando o bem dominical passa a ser utilizado como bem público.

2.2.4. Dos bens fora do comércio

O Código Civil não trata mais dos bens fora do comércio, por entender que a questão é meramente doutrinária.

O artigo 69 do Código Civil de 1916 considera bens fora do comércio, ou seja, bens que não podem ser objeto de apropriação ou demais atos de alienação:

- Aqueles que não podem ser apropriados pelo homem, a exemplo do ar atmosférico, dos oceanos etc.
- *Bens legalmente inalienáveis*: essa expressão legalmente inalienável abrange tanto os bens públicos quanto aqueles que se tornam inalienáveis em razão da vontade do testador ou do doador. Com efeito, a Súmula n. 49 do Supremo Tribunal Federal dispõe que a cláusula de inalienabilidade acarreta a impenhorabilidade e a incomunicabilidade dos bens. Ressalte-se que a impenhorabilidade foi estendida ao disposto nessa súmula pela jurisprudência.

DIREITO CIVIL

Atos e Fatos Jurídicos

Prof. Vitor Frederico Kümpel

Para um acontecimento ser considerado um fato jurídico é necessário que esse acontecimento, de alguma forma, reflita no âmbito jurídico, ou seja, fato jurídico é todo acontecimento da vida relevante para o direito, mesmo que seja ilícito.

O ato ilícito é fonte de obrigação, ou seja, gera a responsabilidade de indenizar. Então, o ato ilícito é relevante para o direito, podendo ser considerado um fato jurídico.

1. CLASSIFICAÇÃO

1.1. Fatos Naturais

Podem ser:

- *Ordinários*: são aqueles que normalmente acontecem e produzem efeitos relevantes para o direito (exemplos.: nascimento, morte etc.);
- *Extraordinários*: são aqueles que chamamos de caso fortuito e força maior, tendo importância para o direito porque excluem qualquer responsabilidade (exemplo: tempestade, etc.).

1.2. Fatos Humanos

Também chamados de atos jurídicos em sentido amplo, podendo ser:

- *Ilícitos*: os atos ilícitos têm relevância para o direito por gerarem obrigações e deveres;

- *Lícitos*: a conseqüência da prática de um ato lícito é a obtenção do direito. O Código Civil trata do ato jurídico em sentido estrito e do negócio jurídico como sendo ambos negócios jurídicos:

- *Ato jurídico em sentido estrito (meramente lícito)*: é pobre em conteúdo, ou seja, não permite a obtenção de vários e múltiplos efeitos. Quem o pratica obtém apenas um único efeito já preestabelecido na lei, ou seja, não obtém nada de novo (exemplo: a notificação – quem notifica uma outra pessoa obtém um único efeito já previsto na lei que é constituir em mora o devedor). O ato jurídico em sentido estrito será sempre *unilateral* (tendo em vista se aperfeiçoar com uma única manifestação de vontade) e *potestativo* (visto que influi na esfera jurídica de outra pessoa sem que ela possa evitar).

- *Negócio Jurídico*: é mais amplo porque permite a obtenção de múltiplos efeitos não necessariamente previstos em lei. Quando se fala em negócio jurídico, sempre se lembra de contrato. Quando um ato qualquer tem por finalidade modificar ou criar direitos, não será apenas um ato jurídico, mas sim um Negócio Jurídico. Então, pode-se dizer que o negócio jurídico possibilita a obtenção de múltiplos direitos e é bilateral, tendo por finalidade criar, modificar ou extinguir direitos.

O Código Civil de 1916, no artigo 81, apresenta um conceito de ato jurídico, mas que hoje se amolda mais ao negócio jurídico. Hoje, a doutrina é pacífica ao dizer que o conceito disposto no artigo 81 é o conceito de negócio jurídico. O atual Código Civil não apresenta nenhuma conceituação de negócio jurídico.

Existe, entretanto, alguns negócios jurídicos que podem ser unilaterais. O negócio jurídico unilateral é aquele que se aperfeiçoa com uma única manifestação de vontade e permite a obtenção de múltiplos efeitos. Um exemplo de negócio jurídico unilateral é o testamento, visto que, por meio dele, o testador pode obter variados efeitos, ou seja, o testamento pode ser utilizado, além de doar seus bens aos seus herdeiros, para reconhecer filhos, perdoar pessoas, etc. Então, o testamento estará perfeito somente com a manifestação de vontade do testador (unilateral) e poderá produzir os mais diversos efeitos.

2. REQUISITOS DE EXISTÊNCIA DOS ATOS JURÍDICOS

A teoria dos atos de inexistência surgiu no Direito de Família para resolver os problemas dos casamentos inexistentes, visto que o Código Civil dispunha somente sobre casamentos nulos e anuláveis. Como o rol do artigo 183 do Código Civil de 1916 era taxativo, os doutrinadores passaram a adotar a teoria dos atos inexistentes, tendo em vista haver o problema de ser considerado válido um casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Essa teoria acabou passando também para os contratos e, hoje, diz-se contrato inexistente aquele que tem os requisitos essenciais, quais sejam:

2.1. Manifestação de Vontade

Sem a manifestação de vontade o contrato não chega a formar-se, sendo inexistente. A vontade é fundamental em matéria de contrato. O artigo 112 do Código Civil dispõe que "nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem". Se os contratantes combinaram uma coisa e não souberam redigir no contrato o que foi convencionado, havendo prova, prevalecerá a intenção.

2.2. Finalidade Negocial

É a intenção de criar, modificar ou extinguir direitos. Se as pessoas manifestam a sua vontade para obter um direito já previsto em lei, não estarão realizando um negócio jurídico, mas sim um ato jurídico em sentido estrito. Então, um dos requisitos de existência dos atos jurídicos é a finalidade negocial.

2.3. Idoneidade do Objeto

O objeto do contrato deve ser apto à criação do contrato que se pretende. Se o objeto for diferente, estar-se-á criando um contrato diverso daquele que se pretendia.

3. REQUISITOS DE VALIDADE DOS ATOS JURÍDICOS

Presente os requisitos de existência, dever-se-á observar se o contrato é válido ou não. Os requisitos de validade estão dispostos no artigo 104 do Código Civil, quais sejam:

3.1. Agente Capaz

Para que um contrato seja válido, o agente deverá ser capaz. No caso de incapacidade, esta deverá ser suprida pelos meios legais. A incapacidade absoluta será suprida pela representação e a incapacidade relativa será suprida pela assistência.

3.2. Objeto Lícito

O objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável. A redação do artigo 104, inciso II, do Código Civil. É mais perfeita que a do artigo 82 do Código Civil de 1916, que falava apenas em objeto lícito. O artigo 166, inciso II, do Código Civil, diz que é nulo o negócio jurídico, quando o objeto for ilícito, impossível ou indeterminável.

A impossibilidade do objeto pode ser física ou jurídica. Impossibilidade física ocorre quando a prestação não pode ser cumprida por nenhum humano. Impossibilidade jurídica ocorre quando a prestação esbarra numa proibição expressa da lei (exemplo: o artigo 426 do Código Civil, que proíbe herança de pessoa viva).

3.3. Forma Prescrita e Não Defesa em Lei

Nos casos em que a lei dispõe sobre a forma que o ato deverá ser realizado, esta forma será considerada requisito de validade (exemplo: venda de imóveis – a lei dispõe que será válido somente por escritura pública). Nos casos em que a forma é colocada como condição de validade, diz-se que a formalidade é *ad solemnitatem* (artigo 108 do Código Civil).

Algumas vezes, entretanto, a lei exige uma determinada forma que não será usada como requisito de validade, mas facilitará a prova. Essa forma, chamada de *ad probationem tantum*, se não for observada, não será o contrato considerado nulo, entretanto haverá uma dificuldade de se provar o que foi acordado.

O ato nulo é aquele que vem inquinado com defeito irremediável, estando ausente um elemento substancial para que o negócio jurídico ganhe validade. O artigo 166 do Código Civil determina que o negócio nulo é aquele celebrado por pessoa absolutamente incapaz; o negócio que tem objeto ilícito; o motivo determinante também ilícito; o negócio jurídico que tenha por finalidade fraudar a lei; o negócio jurídico sem forma prescrita em lei ou que venha preterir alguma solenidade formal ou ainda qualquer outra hipótese em que a lei taxativamente declarar nulo.

Inovou o Código Civil ao determinar que a simulação é uma hipótese de negócio jurídico nulo (artigo 167). A simulação é uma declaração enganosa da vontade que visa produzir efeito diferente do ostensivamente indicado. Oferece uma aparência diferente do efetivo querer das partes. As partes fingem o negócio que de forma alguma querem ou desejam. É uma burla intencional, um conluio das partes que almejam disfarçar a realidade enganando terceiro.

Temos duas espécies de simulação, a absoluta e a relativa. Na simulação absoluta não há qualquer negócio jurídico a ser encoberto, enquanto na simulação relativa existe um negócio jurídico a ser encoberto. Quando o proprietário de um imóvel, para motivar uma ação de despejo contra o inquilino, finge vender o imóvel a terceiro, temos uma simulação absoluta, pois não existe venda alguma por trás do ato fraudulento. Já na hipótese da venda do imóvel consignando preço inferior para ser pago menos imposto, temos uma simulação relativa, pois temos um negócio real e um negócio aparente.

O ato nulo, por ser de ordem pública, possui um defeito irremediável, viola o interesse público e deve ser fulminado através de uma ação declaratória. Por tais razões, a eficácia é retroativa, para que não produza qualquer efeito válido. O ato nulo pode ser alegado por qualquer pessoa, pelo Órgão do Ministério Público e até pelo Juiz de ofício. O ato nulo não pode se ratificado e o defeito não convalesce, sendo um ato imprescritível.

4. DA REPRESENTAÇÃO

Inovou o Código Civil de 2002 ao introduzir um Capítulo exclusivamente para tratar da representação. O Anteprojeto de 1972 na Parte Geral, com colaboração do Ministro Moreira Alves já tratava desse Capítulo.

De acordo com o artigo 115 do Código Civil, os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado. Temos então uma representação legal e outra convencional, decorrendo uma da norma, como a do pai que representa o filho, e outra da vontade das partes, como no caso do mandato.

O limite da representação é exatamente o limite de poderes que vincula o representante com o representado (artigo 116 do Código Civil).

Hoje o artigo 117 do Código Civil autoriza o contrato consigo mesmo, isto é, a convenção em que um só sujeito de direito, está revestido de duas qualidades jurídicas diferentes, atuando simultaneamente em seu próprio nome, bem como no nome de outrem. Temos como exemplo, a possibilidade da pessoa vender um bem a si mesmo, através de um contrato de mandato. O Código Civil de 1916 rechaçava a hipótese (artigo 1.133).

O representante que pratica um negócio jurídico contra o interesse do representado, na hipótese do fato ser do conhecimento do terceiro ou no fato do mesmo ter a obrigação de ter a ciência gera anulabilidade (artigo 119 do Código Civil). Portanto, o terceiro de boa-fé jamais pode alegá-la se obrou com desídia.

5. CONDIÇÃO, TERMO E ENCARGO

5.1. Condição

5.1.1. Conceito e Elementos

É a cláusula acessória, que subordina a eficácia do negócio jurídico a um evento futuro e incerto. Prescreve o artigo 121 do Código Civil: "Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto".

A condição tem dois elementos fundamentais: a) Futuridade e b) Incerteza. Exemplo: Compro uma escultura se esta ganhar prêmio.

A condição afeta sempre a *eficácia* do negócio, nunca a sua existência, uma vez que a vontade foi legítima.

A condição imprópria é aquela em que o evento não é futuro, é apenas ignorado. Exemplo: Faço doação do carro se o Brasil ganhar a Copa 94. Ou a declaração é ineficaz, se não ganhou, ou é obrigação pura e simples, se ganhou.

Temos as seguintes variações da incerteza:

1.ª *Incertus An Incertus* quando - Não se sabe nem se acontecerá e nem quando - Ex. Comprarei um hotel se o EUA se desmilitarizarem.

2.ª *Incertus An Certus* quando - Não se sabe se acontecerá mas se sabe quando. Ex. Faço doação de minhas jóias, se meu filho passar no concurso até o final do ano.

3.ª *Certus An Incertus* quando - Sabe-se que o fato ocorrerá, porém não quando. Ex. Compro um apartamento quando minha sogra morrer.

4.ª *Certus An Certus* quando - Sabe-se que o fato ocorrerá e quando. Exemplo: Doarei meu carro com o término da Copa do Mundo de 98.

Só as duas primeiras são condições. Nas duas últimas falta a incerteza do evento.

5.1.2. Espécies

- Quanto À Possibilidade
  - Possíveis
  - Impossíveis
- Quanto À Licitude
  - Lícitas

	- Ilícitas
- Quanto À Natureza	- Necessárias
	- Voluntárias
- Quanto Ao Modo De Atuação	- Suspensivas
	- Resolutivas

5.1.2.1. Condições Possíveis e Impossíveis

A condição é possível quando realizável física ou juridicamente.

A condição é impossível quando não realizável física ou juridicamente. Exemplo: Doação de dinheiro pela captura de mula-sem-cabeça. A impossibilidade deve alcançar todas as pessoas. A condição não é impossível se atingir apenas uma pessoa ou pequeno grupo.

A condição juridicamente impossível fere a lei, a moral e os bons costumes. Exemplo: Vendo um carro e faço doação se beneficiário provocar a morte de alguém. Exemplo: Condição baseada na prostituição.

5.1.2.2. Condições Lícitas e Ilícitas

Condições lícitas são aquelas que estão de acordo com a lei e os bons costumes.

Condições ilícitas são as contrárias às leis e aos bons costumes.

5.1.2.3. Condições Necessárias e Voluntárias

Necessárias - são as condições inerentes à natureza do ato. Exemplo: Se o comodato for gratuito.

Voluntárias - são as condições em geral, isto é, um acréscimo aposto ao ato jurídico pela vontade das partes.

5.1.2.4. Condições Suspensivas e Resolutivas

Condições suspensivas são aquelas cuja eficácia do ato fica protelada até a realização do evento futuro e incerto. Exemplo: A doação do imóvel só vai ocorrer com o casamento.

Condições resolutivas são aquelas cuja eficácia do ato opera desde logo (entabulamento) e se resolve com a ocorrência do evento futuro e incerto. Exemplo: Empresto o quadro enquanto você morar em São Paulo.

Na condição suspensiva há uma expectativa de direitos. Exemplo: Compro o carro se não sair modelo novo. O comprador pode realizar atos conservativos antes do implemento (artigo 121), como o registro do contrato para vigorar *erga omnes*.

O negócio se aperfeiçoa desde logo, sujeitando-se ao desfazimento com a ocorrência de evento futuro e incerto no acordo. Se frustrar a condição, o negócio se desfaz. Exemplo. Vendo um pesqueiro sob a condição dos peixes se reproduzirem em cativeiro em dois anos.

O legislador presume haver uma condição resoluta em todos os contratos bilaterais (prestação bilateral).

5.1.3. Negócios Jurídicos Que Não Admitem Condição

São os negócios que depende de norma cogente. Estão presentes no Direito de Família e Sucessão. Traria incerteza aos institutos públicos. Exemplo: Ninguém pode se casar sob condição; ninguém pode aceitar ou renunciar a herança sob condição (artigo 1808 do Código Civil).

5.2. Termo

É o dia em que nasce e se extingue o negócio jurídico. É a cláusula que subordina a eficácia de um negócio jurídico a um evento futuro e certo.

A diferença entre a condição e o termo é que na condição, o evento é futuro e incerto. Já no termo, o evento é futuro e certo.

5.2.1. Espécies

- Certo

Termo -

- Incerto

Essa classificação é ruim, pois faz confundir o termo incerto com a condição. O termo é sempre certo, podendo apenas haver imprecisão quanto ao momento.

Temos o termo determinado e o indeterminado.

- Inicial - *dies a quo* - Termo Suspensivo - suspende exercício do direito. Exemplo: Locação inicia-se no Natal.

Termo -

- Final - *dies ad quem* - Termo Resolutivo - Dá término a um direito. Exemplo: Locação dura até 01/01/99.

A condição suspensiva *impede* a aquisição do direito. O termo inicial *suspende* o exercício, já que a aquisição se deu com aposição de vontades.

O termo final não destrói o negócio jurídico, apenas retira a eficácia.

5.3. PRAZO

5.3.1 Conceito

É o lapso de tempo entre a manifestação válida de vontade e a superveniência do tempo.

É o lapso de tempo entre dois termos, o inicial e o final. Isso porque a manifestação de vontade pode estar subordinada a uma condição.

Os prazos são contados por unidade de tempo - hora - dia - mês - ano.

Desde o Direito Romano - Exclui-se o dia do começo e inclui-se o do vencimento.

ANO - Lei 810/49 - Período de doze meses do início ao dia e mês correspondente ao ano seguinte. Exemplo: 8 de março de 1989 a 8 de março de 1990.

MÊS - (artigo 132, § 3.º) – os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência. Por exemplo: período de um mês – 30 de janeiro e deveria recair no dia 30 de fevereiro. Por não haver tal dia, recai no dia 1.º de março.

MEADO - (artigo 132, § 2.º) – 15.º dia de cada mês.

FERIADOS - São datas festivas em que, em princípio, não se trabalha. Não inclui "ponto facultativo" e "dia santo".

5.3.2 Contagem

Art. 132, "caput", do Código Civil - Exclui o dia do começo incluindo-se o do vencimento. Esse princípio é adotado em todos os ramos do direito, afora o Direito Penal. O tempo de pena inclui o dia do começo. Utiliza-se o calendário comum. Não se computam frações de dia.

Contagem da hora – artigo 132, § 4.º, do Código Civil - Minuto a minuto. Exemplo: 13:30 às 14:30 h.

Se o prazo cair no feriado - prorroga-se até dia útil seguinte.

Artigos 133 e 134 - Prazo em favor do herdeiro e do devedor.

5.4. ENCARGO OU MODO DO ATO JURÍDICO

5.4.1. Conceito

É uma limitação trazida a uma liberalidade. É uma restrição a uma vantagem para o beneficiário de um negócio jurídico.

O encargo é diferente da condição porque é coercitivo, isto é, a parte não pode se eximir de cumprir o encargo.

O encargo vai aparecer em doações ou legados, não precisando ser exclusivamente gratuito.

5.4.2. Espécies

Espécies De Encargo	1.º	Encargo Propriamente Dito
	2.º	Encargo Condicional
	3.º	Encargo Impróprio
	4.º	Encargo Impossível

1.º - Encargo propriamente dito – é aquele estabelecido no artigo 136 do Código Civil, não ocorrendo a suspensão do direito enquanto não cumprido o encargo. Temos como exemplo a doação de um terreno para a construção de um hospital. O terreno é automaticamente doado antes mesmo do início das obras.

2.º - É uma variedade de condição, não sendo encargo. É uma condição cujo evento apresenta como elemento de fato uma certa modificação de alguma vantagem auferida pela parte. (artigo 136, fine, do Código Civil).

3.º - É aquele que se apresenta como mero conselho ou recomendação. Não há encargo por não obrigar juridicamente.

4.º - É aquele que a modificação da vantagem auferida implica numa prestação impossível física ou juridicamente - Ou a modificação é não escrita ou invalida o ato (juridicamente impossível) (artigo 137, do Código Civil).

6. DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

São aqueles defeitos que decorrem, em geral, da manifestação de vontade. São seis as hipóteses de vícios, se subdividindo em vícios do consentimento (erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão) e o vício social da fraude contra credores. Foi retirada a simulação dos vícios, sendo inserida a hipótese entre os atos nulos.

Nos vícios do consentimento, há uma contradição entre aquilo que a pessoa deseja e o que ela faz, ou seja, o que a pessoa manifesta não é o que ela realmente desejaria fazer. A vontade declarada não corresponde com a intenção do agente. Nos vícios sociais, a vontade declarada corresponde exatamente à intenção do agente, entretanto uma intenção de prejudicar terceiros ou fraudar a lei.

Nos seis casos, o contrato será anulável, havendo um prazo decadencial de 4 (quatro) anos para requerer a anulação. Caso não seja respeitado esse prazo, o contrato não poderá mais ser anulado. O decurso do prazo decadencial vem a sanar o defeito do negócio jurídico (artigo 178, incisos I e II, do Código Civil).

6.1. Vícios do Consentimento

6.1.1. Erro e ignorância

No erro, a pessoa se engana sozinha a respeito de uma circunstância importante que, se ela conhecesse, não faria o negócio. O erro é de difícil prova, tendo em vista o que se passa na mente da pessoa; existe um elemento subjetivo. O fato de o legislador estabelecer algumas exigências (artigo 138 do Código Civil), torna as ações baseadas no erro muito raras. O erro deverá ser substancial, escusável e real para que o contrato seja anulável.

O erro é substancial quando diz respeito a aspectos relevantes do negócio, ou seja, só se pode falar em erro se a pessoa se engana a respeito de algo que, se ela soubesse, jamais faria o negócio. Se há um engano a respeito de um aspecto irrelevante, não será considerado um erro substancial, mas sim erro acidental, que não vicia a vontade.

Escusável é o erro aceitável, desculpável, o erro que a maioria das pessoas cometeria.

Real é o erro que causa um efetivo prejuízo. Há dois critérios para se saber se um erro é escusável ou não:

- *Homo medius*: toma-se por base a média das pessoas. Se um homem médio também cometeria o engano, o erro seria escusável. Não foi esse, entretanto, o critério aplicado pelos tribunais.
- *Caso concreto*: é o critério aplicado pelos tribunais.

É aplicado, por analogia, a cada caso concreto o critério do artigo 152 do Código Civil (que trata da coação), que determina que o juiz leve em conta as

condições pessoais da vítima (deve-se levar em conta a idade, a saúde, o sexo, temperamento, e outras condições). O juiz deve levar em conta as condições pessoais para saber se ela seria levada ao erro (exemplo: uma pessoa semi-analfabeta seria mais facilmente levada ao erro do que alguém que possui curso superior).

O Código Civil dispõe, no artigo 139, incisos I a III, quando haverá erro substancial, quando haverá aspecto relevando o negócio. Será relevante, então, o erro que diz respeito à natureza do negócio (a pessoa se engana a respeito da espécie do contrato que celebrou); ao objeto principal da declaração (a pessoa adquire coisa diferente daquela que imaginava estar adquirindo); às qualidades essenciais do objeto (a pessoa adquire o objeto que imaginava, mas engana-se quanto às suas qualidades); e à pessoa (nos casos de contratos personalíssimos ou no caso de se contratar um profissional que se acreditava ser bom e não era).

Em princípio, não se pode alegar erro de direito, ou seja, alegar que não se conhecia a lei. A ignorância da lei, entretanto, só não poderá ser alegada em caso de descumprimento da lei (artigo 3.º da Lei de Introdução ao Código Civil). O desconhecimento da lei poderá ser alegada para justificar a boa-fé (ex.: firma-se um contrato de importação de uma mercadoria e logo após descobre-se que existia uma lei que proibia a importação de tal mercadoria. Poder-se-á alegar ignorância da lei para anular o contrato). O artigo 139, inciso III, do Código Civil, expressamente adite o erro de direito e anulação do negócio jurídico, desde que não implique em recusa à aplicação da lei e desde que seja o único ou principal motivo do negócio.

Erro obstativo ou impróprio: *não existe no Brasil. Na Alemanha o erro quanto à natureza do negócio ou o objeto principal da declaração é um erro obstativo, ou seja, é um erro tão grave que impede a própria existência do contrato. Então o erro obstativo torna o contrato inexistente.*

Deve-se distinguir o erro quanto às qualidades essenciais do objeto e vício redibitório, que possuem ações e prazos distintos.

Vício redibitório é o defeito oculto (não aparece facilmente) que torna a coisa imprestável ao uso a que se destina. É de natureza objetiva. As ações cabíveis são chamadas de *Edilícias* e são de duas espécies: ação redibitória (para rescindir contrato); e ação *quanti minoris* (pedido de abatimento no preço). O prazo dessa ação é decadencial de trinta (30) dias para bem móvel e um (1) ano para bem imóvel (artigo 445 do Código Civil). No Código de Defesa do Consumidor o prazo é de 30 dias para bem não durável e 90 dias para bem durável.

Erro quanto às qualidades essenciais é de natureza subjetiva e a ação cabível é a anulatória, com prazo decadencial de 4 anos.

O artigo 141 do Código Civil fala do erro em caso de mensagem "truncada", ou seja, pode haver erro no negócio quando há algum defeito na mensagem devido ao instrumento ou à pessoa intermediária. Quando a mensagem é transmitida erroneamente por meio de instrumento ou de intermediário, poderá ser considerado vício do consentimento, sendo o contrato anulável.

O artigo 140 do Código Civil dispõe sobre o falso motivo (falsa causa) como razão determinante do contrato. Se a causa do contrato, desde que seja colocada expressamente como razão determinante do negócio, for declarada

falsa, o contrato poderá ser anulado (exemplo: uma pessoa fica sabendo por terceiros que tem um filho; tentando ajudar, faz uma doação, mas dispõe expressamente na escritura que está fazendo a doação porque foi informada que o donatário é seu filho; caso seja comprovado que o donatário não é filho, a doação poderá ser anulada).

6.1.2. Dolo

A pessoa é induzida em erro pelo outro contratante ou por terceiro. Existe um elemento objetivo de induzimento, sendo mais fácil a sua prova, tendo visto poder haver testemunhas. Dolo é o induzimento malicioso à prática de um ato que é prejudicial ao agente.

Segundo o disposto no artigo 146 do Código Civil, o dolo pode ser:

- *Principal*: aquele que é a causa do negócio, ou seja, é o dolo que foi responsável pelo negócio. Se não houvesse o induzimento, a pessoa não faria o negócio.

- *Acidental*: aquele que a seu despeito o negócio teria sido realizado, mas em condições melhores para a vítima. Como não é a causa do negócio, o dolo acidental não anula o mesmo, mas dá direito a perdas e danos.

Há uma segunda classificação doutrinária, que divide o dolo em:

- *Dolus bonus* (dolo bom): é o dolo tolerável nos negócios em geral, ou seja, as pessoas não se sentem enganadas porque já esperam esse tipo de dolo; é normal, fazendo parte do comércio, e não causa nulidade do negócio.

- *Dolus malus* (dolo mau): é aquele exercido com a intenção de prejudicar e, se for provado, causa nulidade do negócio.

O dolo pode ser exercido por ação ou por omissão. Geralmente o dolo é praticado por ação. O artigo 147, no entanto, prevê um dolo por omissão, situação em que um dos contratantes omite uma circunstância relevante que, se fosse conhecida pelo outro contratante, não haveria o negócio. O legislador quis, com isso, proteger a boa-fé nos negócios. Essa omissão dolosa pode ser chamada de reticência.

O dolo pode ser da parte ou de terceiro. O Código Civil tem uma regra especial sobre o dolo de terceiro. Em geral, o dolo de terceiro não anula o ato, visto que o terceiro não é parte no negócio, salvo se a outra parte souber do dolo. Então, no caso de o terceiro agir por si só, não tendo o outro contratante conhecimento do dolo, só caberá à vítima ação de perdas e danos contra o terceiro que agiu de má-fé. Dispõe o artigo 148: "Pode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento; em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou".

Ainda, o dolo pode ser unilateral e bilateral. O dolo bilateral é quando os dois contratantes tentam enganar-se um ao outro, ou seja, há dolo de ambas as partes. Neste caso, não há ação cabível para nenhuma das partes, visto terem ambas agido de má-fé.

6.1.3. Coação

Ocorre quando alguém força uma pessoa para que ela faça ou deixe de fazer alguma coisa. A coação pode ser:

- *Absoluta*: quando o coator usa força física e a vítima não chega a manifestar a sua vontade, agindo mecanicamente. Neste caso, o ato é inexistente, visto que não houve um dos requisitos de existência do negócio jurídico, que é a manifestação de vontade. Não é um vício do consentimento, visto que sequer houve o consentimento;

- *Relativa*: também chamada de coação moral, ocorre quando o coator faz uma grave ameaça à vítima, que terá a opção de ceder ou de resistir à ela. Neste caso, existe um vício do consentimento, visto que houve a manifestação da vontade, embora sob pressão.

Nos casos de negócio jurídico, o artigo 151 do Código Civil faz uma série de exigências para que se caracterize a coação que vicie o negócio. São requisitos da coação:

- a coação deve ser a causa do negócio, ou seja, se não houvesse a coação não haveria o negócio;

- a coação deve ser grave, ou seja, quando causa um fundado temor, um receio na vítima. O artigo 153 do Código Civil não considera coação o simples temor reverencial, visto que não tem gravidade suficiente;

- a coação deve ser injusta, ou seja, coação ilegal. O artigo 153, na 2.ª parte, não considera coação o exercício normal de um direito;

- a coação deve ser proporcional, ou seja, o legislador exige que haja uma certa proporção entre os prováveis prejuízos que a vítima possa ter. Deve-se levar em consideração que essa proporcionalidade é relativa, visto que existem coisas que possuem grande valor estimativo;
- a coação deve recair sobre a pessoa do contratante, alguém de sua família ou seus bens. A doutrina entende que a palavra “família” descrita na lei deve ser entendida no seu mais amplo sentido, devendo ser incluídas todas as pessoas que possuem uma relação de intimidade com o contratante que está sendo coagido.

O artigo 152 do Código Civil dispõe que, ao apreciar a gravidade da coação, o Juiz deve levar em conta as condições pessoais da vítima, ou seja, a idade, a saúde, o temperamento, o sexo e outras circunstâncias que possam influir na gravidade da coação.

A coação pode ser da própria parte ou de terceiro. O legislador entendeu que a coação é mais grave que o dolo e, por conseqüência, a coação exercida por terceiro sempre viciará o ato, ainda que o outro contratante não tenha sabido que houve coação por parte de terceiro.

6.1.4. Estado de Perigo

Dispõe o artigo 156 do Código Civil: "Configura-se estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação

excessivamente onerosa. Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias".

É, portanto, a hipótese de alguém, ameaçado por perigo iminente, anui em pagar preço desproporcional para o seu livramento. Temos o exemplo do náufrago que oferece ao seu salvador recompensa exagerada ou o caso do doente que se dispõe a pagar alta cifra para obter a cura pelo médico.

Nas hipóteses acima mencionadas não é nem justo que o salvador fique sem remuneração e nem justo que o obrigado empobreça. O ato calamitoso não foi provocado por ninguém, apenas o contrato foi efetuado de maneira desvantajosa. O perigo não é provocado por qualquer contratante, por isso o problema não é simples.

Diante da contraposição de interesses, em que ambas as partes obram de boa-fé, a mera anulação do negócio jurídico, exonerando o declarante de cumprir sua obrigação conduz a um resultado injusto. O autor da promessa anulada enriqueceu indevidamente. Nesses casos, o juiz deve apenas invalidar o negócio jurídico no que exorbite como determinou o parágrafo único do artigo 156 do Código Civil.

6.1.5. Lesão

Disciplina o artigo 157 do Código Civil: "Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. § 1.º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. § 2.º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito".

Portanto, a lesão é o prejuízo que um contratante experimenta quando, em contrato comutativo, deixa de receber valor correspondente ao da prestação que forneceu. É uma instituição fundada na eqüidade e se inspira na idéia de equivalência das prestações.

Apresenta como principais requisitos:

1.º) Comutatividade contratual. Deve haver presunção de equivalência das prestações, tendo ambas as partes pré-ciência de suas prestações;

2.º) Desequilíbrio entre as prestações no momento da celebração do contrato;

3.º) Grande desproporção, gerando enriquecimento para uma das partes e empobrecimento para outra;

4.º) decisão judicial. Só o juiz pode rescindir ou modificar o contrato;

5.º) Possibilidade da parte reequilibrar o contrato.

6.2. Vício Social

No vício social embora a vontade se manifeste de acordo com o desejo dos contratantes, a intenção é sempre de prejudicar um terceiro.

6.2.1. Fraude contra credores

Baseia-se no princípio da responsabilidade patrimonial: "é o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações". Ocorre a fraude contra credores quando um devedor pratica negócios que o torne insolvente. Ainda

que o devedor venda algum bem, se restarem bens suficientes para pagar as dívidas, não será considerado insolvente.

O Código Civil dispõe quatro situações em que podem ocorrer fraudes contra credores, as quais passamos a analisar:

a) Alienações onerosas (artigo 159 do Código Civil)

É a situação mais comum de fraude contra credores. Se o devedor vende seus bens, tornando-se insolvente, caracteriza-se fraude contra credores. O terceiro adquirente poderá estar de boa-fé (quando não sabe da situação real do devedor) ou de má-fé (quando sabe da situação real do devedor). Havendo boa-fé do terceiro adquirente, os bens não retornam ao devedor para o pagamento dos credores.

São dois os requisitos exigidos para que os credores tenham sucesso na ação contra o devedor que vende seus bens para fraudar os credores:

- *eventus damni*: o credor deve provar que, com a venda, o devedor se tornou insolvente, não mais possuindo bens suficientes para o pagamento de suas dívidas;

- *consilium fraudis* (má-fé do terceiro adquirente): não há necessidade de se provar que o terceiro adquirente estava combinado com o devedor, bastando a prova de que ele estava ciente da situação financeira do devedor.

- artigo 159 do Código Civil prevê duas presunções de má-fé do terceiro adquirente:

- quando era notória a insolvência do devedor;

- quando o terceiro adquirente tinha motivos para conhecer a má situação financeira do devedor. Os tribunais estabeleceram quando o terceiro teria motivos (parentes próximos, amizade íntima, negócios feitos anteriormente etc.). Essa presunção não é absoluta, visto que o legislador deixou meio vago quanto aos motivos.

b) Alienações à título gratuito e remissões de dívidas (artigo 158 do Código Civil)

Quando o devedor faz doações de seus bens. Quando se trata de doações, o único requisito que os credores devem provar é a insolvência do devedor. Não há necessidade de prova da má-fé do terceiro adquirente. Ocorre fraude na remissão de dívidas quando o devedor é credor de terceiro e deixa de cobrar o seu crédito, perdoando o terceiro devedor.

c) Pagamento de dívida ainda não vencida, estando o devedor insolvente (artigo 162 do Código Civil)

Quando o devedor já está insolvente e privilegia o pagamento a um credor que tem uma dívida ainda não vencida. Se isso ocorrer, os outros devedores poderão ingressar com uma ação contra o credor que recebeu. Havendo o pagamento de dívida não vencida, a presunção de fraude se torna absoluta.

d) Concessão de garantia real a um credor quirografário, estando o devedor insolvente (artigo 163 do Código Civil)

Quando o devedor, já insolvente, resolve privilegiar um dos credores quirografários, dando-lhe uma garantia real (exemplo: hipoteca de um imóvel). Neste caso, os outros credores podem ingressar com uma ação para anular essa garantia.

7. AÇÃO PAULIANA OU REVOCATÓRIA

A ação pauliana somente é utilizada nos casos de fraude contra credores. Não se confunde esta com a ação revocatória da Lei de Falências.

A ação pauliana foi tratada no Código Civil como uma ação anulatória, portanto de natureza desconstitutiva. Se o juiz julga procedente a ação, ele anulará a venda ou a doação do bem. Hoje, a jurisprudência passou a considerar a ação pauliana como ação declaratória de ineficácia do negócio jurídico em face dos credores que a ajuizaram. Então, não haverá anulação, o Juiz autorizará os credores a penhorarem os bens alienados pelo devedor.

7.1. Legitimidade Ativa

O artigo 158 do Código Civil dispõe que somente credor quirografário está legitimado para propor ação pauliana, e desde que já fosse credor na data da alienação, visto que o credor quirografário depende dos bens do devedor para a quitação da dívida. Excepcionalmente, o credor com garantia real

poderá propor ação pauliana nos casos em que já tenha esgotado a garantia e sem conseguir quitar o seu crédito.

7.2. Legitimidade Passiva

O artigo 161 dispõe que a ação pauliana poderá ser proposta contra o devedor e os terceiros adquirentes de má-fé.

O artigo 164 do Código Civil dispõe que são válidos os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de seu comércio, indústria e agricultura. O artigo 160 do Código Civil trata de uma situação que a doutrina chama de "fraude não consumada". Há a permissão de que o terceiro adquirente de boa-fé – que dá um sinal e fica de pagar o preço, descobrindo a situação do devedor –, para evitar a consumação da fraude, pode depositar o restante do preço em juízo, requerendo a citação dos credores para, eventualmente, levantarem o dinheiro depositado.

8. DIFERENÇAS ENTRE A FRAUDE CONTRA CREDORES E A FRAUDE À EXECUÇÃO

FRAUDE CONTRA CREDORES	FRAUDE À EXECUÇÃO
É defeito do negócio jurídico, regulada no direito privado (CC)	É incidente do processo, regulada no direito público (CPC)
Ocorre quando o devedor ainda não responde à nenhuma ação ou execução.	Pressupõe demanda em andamento.

Só pode ser alegada em ação pauliana.	Pode ser alegada incidentalmente; não depende da propositura de nenhuma ação.
Exige-se a prova da má-fé do 3.º adquirente, em se tratando de alienação onerosa.	Não é exigida a prova da má-fé do 3.º adquirente, visto estar presumida.

No caso da presunção da demanda em andamento na fraude à execução, existem duas correntes:

1.ª Corrente: considera-se proposta a demanda desde a distribuição da ação;

2.ª Corrente: exige prévia citação do devedor para existir a fraude à execução (considera-se proposta a ação a partir da citação). Sobre o assunto, a segunda corrente é a que prevalece na jurisprudência.

Há uma corrente que admite a alegação de fraude contra credores em embargos de terceiros (exemplo: em uma ação de cobrança, o credor penhora um bem que supõe ser do devedor, e o terceiro que adquiriu o bem ingressa com embargos de terceiros; o credor se defende, alegando que o terceiro estava de má-fé, existindo a fraude contra credores). A Súmula 195 do Superior Tribunal de Justiça, entretanto, dispôs o contrário: “não cabe alegação de fraude contra credores em embargos de terceiros”.

Tanto na fraude contra credores quanto na fraude à execução, o juiz não anula o ato, apenas declara a sua ineficácia em relação aos credores.

O ato jurídico anulável é aquele que vem inquinado com um defeito que não ofende de forma direta ao interesse social, ofendendo a ordem particular. Possui uma diferença de grau com o ato nulo, sendo mais tênue, mais brando.

De acordo como artigo 171 do Código Civil o ato é anulável quando praticado por pessoa relativamente incapaz, ou nos vícios acima estudados, isto é, no caso de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Ao contrário do ato nulo, o ato anulável é determinado através de uma ação desconstitutiva, tendo, por conseguinte, eficácia *ex nunc*, isto é, sem qualquer retroatividade. Por tais motivos a nulidade relativa convalesce e só pode ser alegada por pessoa juridicamente interessada, não podendo ser alegada nem pelo Representante do Ministério Público e nem pelo juiz de Ofício. O ato é suscetível de ser ratificado. A anulação do negócio jurídico, no caso dos vícios de vontade ou social, decai em quatro anos (artigo 178 do Código Civil). Em todas as hipóteses da Parte Especial que a lei falar que o ato é anulável, porém sem estabelecer prazo, este será de dois (2) anos contados da conclusão do ato (artigo 179 do Código Civil).

DIREITO CIVIL

Prescrição

Prof. Vitor Frederico Kümpel

1. CONCEITO

É a perda da ação atribuída a um direito por não ter sido exercida no prazo fixado em lei. Faz com que a pessoa perca a ação atribuída ao seu direito. Há a conservação do direito, mas não haverá mais ação para exercê-lo em juízo. A prescrição se destina a consolidar os direitos de maneira que não se caiba mais discussão sobre o assunto. É tratada na Parte Geral do Código Civil.

2. REQUISITOS

2.1. Inércia do Titular ante a Violação do seu Direito

A pessoa não propõe nenhuma ação quando tem seu direito violado.

2.2. Decurso do Prazo Estabelecido em Lei

O artigo 205 do Código Civil dispõe que tanto as ações pessoais quanto as reais prescrevem em 10 anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor. Portanto, os antigos prazos de 20 anos para prescrição das ações pessoas e 15 anos para as ações reais, restaram concentrados no prazo máximo de 10 anos.

É bom lembrarmos que no Código Civil de 1916 o prazo chegou a ser de 30 anos e foi reduzido para 20 anos por força da Lei 2437/55. Portanto, é uma evolução a diminuição de prazos.

A regra geral do artigo 205 do Código Civil deve ser entendida dentro de algumas limitações, pois tanto as ações meramente declaratórias quanto as ações desconstitutivas ou constitutivas são, em tese, imprescritíveis.

3. AÇÕES IMPRESCRITÍVEIS

3.1. Ações que Versem sobre os Direitos da Personalidade

Não existe prazo prescricional para ações que defendem direito à vida, à liberdade etc.

3.2. Ações que Versem sobre o Estado da Pessoa

Ações de interdição, separação judicial, divórcio, investigação de paternidade etc.

3.3. Ações que têm por Objeto Bens Públicos

A Súmula n. 340 do Supremo Tribunal Federal dispõe que os bens públicos não podem ser objetos de usucapião (que é uma forma de prescrição).

3.4. Ações de Exercício Facultativo

São ações de divisão, de demarcatória etc. Algumas ações podem ser propostas ainda que não tenha havido violação de direito algum. Estas ações são as chamadas Ações de Exercício Facultativo. Não há prazo prescricional, visto não haver violação de direitos.

3.5. Ação Reivindicatória

Não prescreve, visto ser ação específica para a defesa do domínio do direito de propriedade e o domínio é perpétuo (não se perde o domínio pela não utilização do bem). Pode-se, entretanto, perder o domínio nas causas previstas em lei (exemplos: usucapião em favor de terceiro, desapropriação, renúncia, abandono etc.). Não ocorrendo nenhuma dessas causas, o proprietário não perde o domínio.

4. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA

Conhecida como usucapião. Acarreta a aquisição do domínio de um bem pelo decurso do tempo. É tratada pelo Código Civil na Parte Especial. O artigo 1.244 é uma espécie de traço de união entre a prescrição aquisitiva e a prescrição extintiva, dispondo que as mesmas causas que impedem, suspendem e interrompem a prescrição aplicam-se também ao usucapião.

5. PRESCRIÇÃO E INSTITUTOS AFINS

São institutos que também têm relação com o decurso do tempo.

5.1. Preclusão

É a perda de uma faculdade processual por não ter sido exercida no momento oportuno. Em cada fase do processo, a lei faculta às partes praticarem certos atos. Caso as partes não pratiquem os atos na fase em que a lei lhes faculta, perdem a oportunidade, ocorrendo a preclusão.

5.2. Perempção

Também de natureza processual, consiste na perda da ação atribuída a um direito pelo autor contumaz (aquele que reitera no erro) que deu causa a três arquivamentos sucessivos (artigo 268, parágrafo único, do Código de Processo Civil). Se houver três extinções por abandono da causa, ocorrerá o fenômeno da perempção, que impede que o autor proponha a ação uma quarta vez.

O direito material, neste caso, não se perde, mas não poderá mais ser exigido por meio de ação. Este direito somente poderá ser alegado em defesa.

5.3. Decadência

Chamada também de caducidade. O Código Civil de 1916 não se referia à decadência, ficando um pouco difícil distinguir quais prazos são prescricionais e quais prazos são decadenciais. A doutrina e a jurisprudência sempre foram pacíficas em admitir os vários prazos decadenciais do Código Civil de 1916. O atual Código Civil tem um capítulo sobre a decadência (artigos 207 a 211). Existem alguns critérios para a distinção.

5.3.1. Quanto aos efeitos

A prescrição não corre contra determinadas pessoas e a decadência corre contra todas as pessoas.

5.3.2. Quanto à origem

Na prescrição, o direito antecede a ação, que só nasce quando aquele é violado. Na decadência, o direito e a ação nascem no mesmo instante (exemplo: ação negatória de paternidade é prazo decadencial, visto que, no momento em que a criança nasce, já começa a correr o prazo para a propositura da ação).

5.3.3. Quanto à natureza

Na prescrição, o que perece é a ação que protege o direito e, na decadência, é o próprio direito que perece. Os processualistas corrigem esse critério dizendo que, na prescrição, perece a pretensão que atinge a ação.

O critério de Agnelo Amorim Filho partiu da divisão das ações em declaratórias, condenatórias e constitutivas ou desconstitutivas. Se a ação for de natureza condenatória, o prazo será prescricional. Se a ação for de natureza constitutiva ou desconstitutiva, com prazo previsto em lei, o prazo será decadencial, entretanto serão imprescritíveis caso não haja prazo previsto em lei (exemplo: divórcio). As ações declaratórias são sempre imprescritíveis, pois visam apenas a obtenção de uma certeza jurídica.

A jurisprudência entende que a ação negatória de paternidade é imprescritível.

6. DISPOSIÇÕES GERAIS

O artigo 191 do Código Civil dispõe sobre a renúncia da prescrição, ou seja, a renúncia ao direito de argüir para a qual a ação está prescrita. Admite-se a renúncia da prescrição quando a prescrição já estiver consumada e quando a renúncia não prejudicar terceiros.

O próprio artigo dispõe que a renúncia pode ser expressa ou tácita. Geralmente, a renúncia é tácita, decorrendo da conduta do devedor. Não se admite a renúncia antecipada, visto ser a prescrição de ordem pública.

Os terceiros que poderiam ser prejudicados com a renúncia da prescrição são, em geral, outros credores (exemplo: um credor ingressa com uma ação que está prescrita; o devedor, se pagar a dívida, não terá como pagar os outros credores; no caso, não poderá o devedor renunciar a prescrição).

O Código de Processo Civil dispõe que quando o réu não alega matéria no primeiro momento que se manifestou nos autos, ele perderá o direito aos honorários. É uma sanção de ordem processual. Caso o réu alegar a prescrição na contestação, o autor da ação arcará com o ônus da sucumbência.

A prescrição poderá ser alegada a qualquer tempo. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, julgando os recursos especiais, criou a figura do pré-questionamento, ou seja, ele somente conhecerá a matéria que já foi alegada anteriormente. Então, embora a prescrição possa ser alegada a qualquer tempo, não poderá ser alegada pela primeira vez em Recurso Especial.

O juiz não pode conhecer de ofício a prescrição de direitos patrimoniais (artigo 194 do Código Civil). Então, a prescrição de direitos não patrimoniais pode ser conhecida de ofício. O prazo, no caso de direitos não patrimoniais, entretanto, é decadencial. Conclui-se, portanto, que a prescrição não pode ser

conhecida de ofício, mas a decadência poderá, visto versar sobre direitos não patrimoniais (artigo 210 do Código Civil).

7. SUSPENSÃO E INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO

A suspensão decorre automaticamente de certos fatos previstos em lei, ou seja, acontecendo um fato que a lei considera como causa de suspensão, a prescrição será suspensa automaticamente.

A interrupção depende de provocação do credor, ou seja, exige-se um comportamento ativo do credor. A maneira mais utilizada para interromper a prescrição é a notificação judicial. O credor faz uma notificação judicial ao devedor para fim de interromper a prescrição.

Na suspensão, o prazo recomeça a correr pelo período faltante, ou seja, somam-se os períodos. Na interrupção, o prazo recomeça a correr por inteiro a partir do ato interruptivo. A interrupção devolve o prazo inteiro da prescrição.

O Código Civil trata separadamente da suspensão e da interrupção, ou seja, as causas que impedem ou suspendem a prescrição estão nos artigos 197 e 198, e as causas que interrompem a prescrição estão no artigo 202 do Código Civil.

7.1. Causas que Impedem ou Suspendem a Prescrição

Os fatos impedem a prescrição quando ela não começou a correr, e os mesmos fatos suspendem a prescrição quando esta já começou a correr. O

mesmo fato, dependendo do momento que acontece, pode impedir ou suspender a prescrição.

O artigo 197 do Código Civil tem quatro incisos que tratam de pessoas que possuem um relacionamento com base na confiança. Para evitar que haja discórdia entre essas pessoas, a prescrição está impedida ou suspensa.

7.1.1. Artigo 197, inciso I, do Código Civil

No caso de casamento. Não corre prescrição entre os cônjuges enquanto eles estiverem casados.

7.1.2. Artigo 197, inciso II, do Código Civil

Relação de pátrio poder. Não corre prescrição entre pais e filhos enquanto existir o pátrio poder. Extinto o pátrio poder, começa a correr a prescrição.

7.1.3. Artigo 197, inciso III, do Código Civil

Relação de tutela e curatela. Não corre prescrição entre tutor e tutelado durante a tutela nem entre curador e curatelado durante a curatela.

O artigo 198 do Código Civil dispõe três fatos que impedem ou suspendem a prescrição. Neste caso, o legislador tem por objetivo proteger certas pessoas.

7.1.4. Artigo 198, inciso I, do Código Civil

Não corre prescrição contra os absolutamente incapazes. A prescrição, entretanto, corre a favor deles, ou seja, se a prescrição for para beneficiar o absolutamente incapaz, ela correrá normalmente.

7.1.5. Artigo 198, inciso II, do Código Civil

Não corre prescrição contra os ausentes do país que estejam a serviço da União, dos Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal.

7.1.6. Artigo 198, inciso III, do Código Civil

Protege as pessoas que estejam servindo o país em tempo de guerra. Neste caso, não importa se está dentro ou fora do país.

O princípio da *actio nata* significa que enquanto não nasce a ação, não corre prescrição, ou seja, enquanto a dívida não está vencida, não corre o prazo prescricional. Somente começa a correr o prazo prescricional a partir do momento que o credor tiver o direito de ingressar com a ação.

Prescrição intercorrente é a que ocorre no curso da demanda, durante o andamento da ação. Nem todos os autores admitem a existência desta prescrição. Os tribunais estão admitindo, nos casos de execução de título, em que o autor não dá andamento na ação, a prescrição intercorrente.

A citação, regulada pelo artigo 175 do Código Civil de 1916, não interrompia a prescrição por vício de forma quando for circunduta ou quando perempta a instância ou a ação. Hoje, a citação é regulada pelo Código de Processo Civil, não tendo disposição no Código Civil. A citação será nula por

vício de forma quando o Oficial de Justiça não observar as formalidades que a lei exige. Faltando alguma das formalidades, a citação é nula.

Anteriormente, a citação era considerada nula quando o autor deixava de comparecer à audiência e não ratificava o pedido feito na inicial. Também era considerada nula quando o juiz extinguia o processo sem julgamento do mérito (quando perempta a instância ou a ação). Hoje, não existem essas nulidades. O autor deve promover a citação do réu, ou seja, deve dar os meios para que se faça a citação do réu.

Os efeitos da citação retroagirão à data do ajuizamento da ação (artigo 219, § 1.º, do Código de Processo Civil). A citação deve ser feita em 10 dias, sendo prorrogado automaticamente por 90 dias. Se a citação não for feita no prazo, por qualquer circunstância que não seja culpa do autor, há uma súmula que dispõe que a parte não poderá ser prejudicada por problemas decorrentes na máquina da justiça.

O segundo modo de interrupção da prescrição é o protesto, ainda que ordenado por juiz incompetente. Este protesto, a que se refere o artigo 202, inciso II, do Código Civil, é o protesto judicial que está disposto no rol das medidas cautelares do Código de Processo Civil. A Súmula n. 153 do Supremo Tribunal Federal dispõe que "simples protesto cambiário não interrompe a prescrição".

O artigo 202, inciso V, do Código Civil dispõe que também interrompe a prescrição qualquer ato que constitua em mora ao devedor. Utiliza-se, então, a notificação judicial para fim de interrupção da prescrição.

Interrompida a prescrição, o prazo volta a correr por inteiro. Não há um limite para interrupção da prescrição, ou seja, o autor pode interromper a

prescrição quantas vezes for necessário sem, no entanto, haver abuso de direito por parte do autor.

Existe uma única hipótese em que se pode interromper a prescrição uma só vez. O Decreto-lei n. 4.597/42 dispõe que, no caso de ação contra a Fazenda Pública, só pode haver prescrição interrompida uma única vez e o prazo voltará a correr pela metade.

O inciso IV do artigo 202 do Código Civil dispõe que a habilitação de crédito em inventário ou em concurso de credores também interrompe a prescrição. Quando o credor habilita o crédito, entende-se que ele tem interesse de receber, por este motivo há interrupção da prescrição.

O inciso VI do artigo 202 do Código Civil é a única hipótese em que há interrupção da prescrição sem ação do credor. Dispõe que qualquer ato inequívoco do devedor que importe reconhecimento da dívida interrompe a prescrição.

O artigo 204 do Código Civil dispõe sobre as obrigações solidárias e divisíveis. Quando existem vários credores solidários e um deles toma a iniciativa de interromper a prescrição, todos os outros credores serão beneficiários. Se a obrigação for, entretanto, divisível, a prescrição somente se interrompe para aquele credor que tomou a iniciativa de interromper a prescrição.

DIREITO CIVIL

Atos Ilícitos
Responsabilidade Civil

Dano

Prof. Vitor Frederico Kümpel

1. ATOS ILÍCITOS

As disposições sobre os atos ilícitos, no Código Civil, são encontradas nos artigos 186 a 188. Dispõe o artigo 186 do diploma civil que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto nesse código, nos artigos 927 a 943 e 944 a 954.

Ato ilícito é, portanto, a infração ao dever de não lesar outrem. A lesão abarcada pelos dispositivos legais trata-se daquela que cause dano, tanto de natureza patrimonial quanto de natureza moral.

O referido artigo impõe a todas as pessoas o dever de não lesar outrem (*neminen laedere*). Todo aquele que causa um dano deve repará-lo, desde que a vítima prove que o causador do dano agiu com culpa. Assim, o diploma civil pátrio adotou, como regra, a teoria subjetiva, segundo a qual deve-se proceder na análise da existência de culpa do agente.

A "culpa" pelos atos ilícitos, a que se refere o artigo 186, tem sentido

amplo, abrangendo tanto o dolo quanto a culpa em sentido estrito (imprudência, negligência ou imperícia) e recebe a denominação de culpa aquiliana, em decorrência de sua origem (*Lex Aquilia*).

Em alguns casos, o ato poderá ser ilícito tanto na esfera civil quanto na penal, podendo, ainda, ser somente um ilícito penal. Entretanto, deve-se salientar que, na maioria das vezes, o ilícito penal é também ilícito civil, pois este sempre, ou quase sempre, gera um prejuízo à vítima.

As implicações decorrentes de um ilícito civil são diferentes daquelas que decorrem de um ilícito penal, uma vez que aquele tem como conseqüência tornar o agente responsável pela reparação do dano, a teor do que dispõe o artigo 186 do Código Civil (responsabilidade civil) sendo tal responsabilidade de cunho patrimonial. Com relação aos ilícitos penais, ao agente é imputado castigo corporal, sendo a responsabilidade de cunho pessoal, não se transferindo a terceiros como é possível de ocorrer na responsabilidade civil. A título de exemplo, temos a responsabilidade civil do pai que responde pelo ato do filho, do patrão que responde por ato de seu empregado, do Estado que responde pelos atos do servidor.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

Na apreciação da responsabilidade, como anteriormente mencionado, o Código Civil adotou a teoria clássica chamada *teoria subjetiva*, segundo a qual a vítima tem o ônus de provar a culpa (em sentido amplo) do causador do dano. Essa teoria passou a ser injusta para a vítima, uma vez que, em alguns casos, é muito difícil provar a culpa do causador do dano. Em decorrência dessa dificuldade, adotou-se a presunção de culpa em certas situações, como é

o caso da presunção de culpa do dono de animal que causa dano, como se verifica no artigo 936 do Código Civil.

Surge, então, uma nova teoria chamada *teoria objetiva*, segundo a qual aquele que obtém vantagens no exercício de determinada atividade deve responder pelos prejuízos que essa atividade lucrativa venha a causar. É o brocardo jurídico "quem aufere os cômodos, arca também com os incômodos". Nessa teoria a culpa não é discutida, a responsabilidade baseia-se no risco (princípio da eqüidade).

Concluindo, é possível afirmar que a responsabilidade, via de regra, se baseia na culpa e, em alguns casos (leis especiais), adotou-se a teoria objetiva.

2.1. Responsabilidade Objetiva

Trata-se daquela em que a vítima está dispensada de provar a culpa do causador do dano, seja porque essa culpa é presumida, seja porque a própria lei dispensa a prova.

A responsabilidade objetiva comporta graus. O grau mais elevado é aquele em que a lei exige, daquele que causou o dano, a indenização, sem que seja conferida ao agente qualquer possibilidade de provar sua inocência.

No grau menos elevado, há possibilidade de inversão do ônus da prova, no caso de culpa presumida. Por isso, a doutrina classifica essa responsabilidade objetiva em imprópria ou impura, pois o causador do dano pode provar que não teve culpa. Essa responsabilidade se encontra no diploma civil em alguns casos, como no artigo 936, que admite a inversão do ônus da prova.

A responsabilidade imprópria ou impura (que admite inversão do ônus

da prova) é a que impera no Código de Defesa do Consumidor.

2.2. Responsabilidade Contratual e Extracontratual

A responsabilidade extracontratual advém de situação de fato, e não de um contrato entre as partes. É exemplo desta responsabilidade aquela decorrente de um acidente de trânsito.

O artigo 186 fundamenta a responsabilidade extracontratual quando dispõe que toda pessoa que causar prejuízo a outrem ficará obrigada a indenizar. Impõe a todos, como já mencionado anteriormente, o dever legal de não lesar outrem.

As pessoas também podem, entretanto, ser obrigadas a reparar danos decorrentes de inadimplemento contratual, ou seja, da quebra do dever contratual. Esta é a chamada responsabilidade contratual, a qual se resolve com a verificação das perdas e danos sofridos, a teor do que dispõe o artigo 389 do Código Civil. Assim, pode-se afirmar que há divisão na responsabilidade civil, podendo ela ser classificada em extracontratual e contratual. Em ambas a conseqüência é a mesma, qual seja, reparar o prejuízo causado. A diferença está no *ônus da prova*.

No caso de responsabilidade contratual, todo inadimplemento considera-se culposo (presunção relativa), não havendo necessidade de a vítima preocupar-se com a prova da culpa; quem deverá provar é o inadimplente. A menos que essa presunção de culpa seja ilidida pelo inadimplente, este deverá indenizar. O contrato será elidido pelo inadimplente, caso prove a ocorrência de caso fortuito ou força maior. Culpa e caso fortuito ou força maior não são compatíveis entre si.

Quando se trata de responsabilidade extracontratual, não existe presunção de culpa, salvo casos especiais, sendo da vítima o ônus da prova, não bastando a demonstração do prejuízo (artigo 186 do Código Civil).

A responsabilidade extracontratual exige alguns pressupostos:

- ação ou omissão: omissão daquele que não podia se omitir;
- culpa em sentido amplo: dolo e culpa em sentido estrito;
- dano: pressuposto inafastável de uma ação civil;
- relação de causalidade.

Se presentes os pressupostos acima transcritos, o causador do dano fica obrigado a indenizar. Na responsabilidade objetiva, os pressupostos se reduzem a três, uma vez que o requisito "culpa" é dispensado.

2.3. Responsabilidade por Ato Próprio

Via de regra, o indivíduo será responsabilizado pelo ato que praticou. Temos, entretanto, no Código Civil, alguns casos de responsabilidade por ato de terceiros, como é o caso do artigo 932, no qual há presunção de culpa. Em se tratando de pai e filho, a presunção é relativa, ou seja, provada a culpa do filho, presume-se a do pai, mas o pai ainda tem uma chance de provar que não teve culpa. Diferente é a presunção no caso da relação entre empregador e empregado, a qual é absoluta (o empregador assume o risco da atividade).

A vítima pode escolher quem acionar, no caso de mais de um autor, uma vez que o artigo 942 do Código Civil determina a solidariedade da

responsabilidade. Saliente-se que a solidariedade não se presume; ela resulta da lei ou da vontade das partes.

2.4. Responsabilidade pelo Fato da Coisa ou Animal

O dano pode ser causado não só pelo agente, como também por coisas que se encontram sob sua responsabilidade, como é o caso da coisa que cai da janela, vindo a atingir quem passa pela calçada.

O artigo 1.384 do Código Napoleônico responsabilizava o *guarda da coisa inanimada*. A palavra "guarda" foi usada no sentido de dono. Assim surgiu a teoria do guarda da coisa inanimada, que responsabiliza o dono das coisas em geral.

Essa teoria é acolhida pelo Código Civil pátrio em alguns artigos, tais como os artigos 936 e 937.

O artigo 938 responsabiliza o dono do prédio de onde é atirado ou cai algum objeto. Por analogia, este dispositivo é aplicado em todas as hipóteses ao dono da coisa em geral.

Esses artigos são mencionados como exceções à teoria subjetiva, pois é presumida a culpa do dono da coisa, mas não de forma absoluta. No Brasil, portanto, a responsabilidade pelo fato da coisa ou do animal trata-se de responsabilidade excepcional, uma vez que se trata de responsabilidade objetiva imprópria ou impura.

Entende-se que o dono da coisa só responde se tinha domínio sobre a coisa no momento em que ocorreu o fato. Se ele perde a disponibilidade da coisa (furto, roubo etc.), não justifica a sua responsabilidade. Se, por sua negligência, concorreu para a perda da disponibilidade da coisa, será, porém,

responsabilizado (artigo 186 do Código Civil)

2.5. Responsabilidade das Pessoas Jurídicas de Direito Público

Passou por três fases históricas:

- *1.ª fase* – irresponsabilidade do Estado: se o funcionário público causasse dano a alguém, somente ele responderia por esse dano. Essa fase durou enquanto durou a Monarquia, e era representada pela célebre frase *The King do not wrong*. No Brasil, essa fase terminou com a edição do Código Civil;
- *2.ª fase* – artigo 15 do Código Civil de 1916: a responsabilidade do Estado passou a ser subjetiva, ou seja, a vítima precisava provar a culpa do funcionário para que o Estado fosse obrigado a indenizar pelo dano;
- *3.ª fase* – Constituição de 1946: a responsabilidade do Estado foi regulamentada, passando a ser tratada como Direito Público (Fase Publicista). A responsabilidade do Estado passou a ser objetiva, sendo regulada como matéria constitucional. À partir dessa modificação, a vítima não precisa mais se preocupar em provar a culpa do funcionário, somente deverá provar que sofreu um dano e a relação de causalidade entre esse dano e o ato de algum funcionário público no exercício de suas funções ou pela execução de um serviço público.

No Direito Administrativo, surgiram algumas teorias que fizeram com que as Constituições, a partir de 1946, acolhessem essa responsabilidade objetiva, tendo como fundamento que o Estado presta serviços de risco e

deverá assumir todos os riscos de dano que possa haver no serviço público. Dessas teorias, sobressaíram-se duas para justificar a responsabilidade objetiva do Estado:

- *Teoria do Risco Integral*: é muito rigorosa para com o Estado. Parte do princípio de que o Estado teria assumido integralmente todos os riscos dos danos que os particulares sofressem por conta dos serviços públicos. Não admite qualquer forma de defesa para o Estado, não podendo alegar , nem mesmo, caso fortuito ou força maior. Por essa rigidez, ela não foi acolhida pelo sistema jurídico brasileiro.

- *Teoria do Risco Administrativo*: consiste em responsabilizar objetivamente o Estado, mas ao mesmo tempo permitir que o Estado possa afastar sua responsabilidade, provando a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Essa teoria inverte o ônus da prova, ou seja, hoje quem deverá provar a culpa é o Estado e não mais a vítima. Então, a inexistência de testemunhas prejudica o Estado, pois a ele incumbe a prova da culpa da vítima. Nos casos em que há culpa concorrente da vítima, haverá mitigação da indenização (indenização será reduzida pela metade).

O Estado responde não só por ação, mas também por omissão.O que se discute é se, em relação à omissão, o Estado também terá responsabilidade objetiva. Alguns autores entendem que quando o Estado se omitir, ele não será responsabilizado objetivamente, cabendo à vítima a prova da culpa. Deve haver a relação de causalidade entre o dano causado e a omissão do Estado.A Constituição Federal de 1988 trata da responsabilidade do Estado no artigo 37, § 6.º, trazendo duas inovações em relação às constituições anteriores:

- a substituição da palavra "funcionário" por "agente", o que causa ampliação no espectro da responsabilidade, uma vez que "agente" é expressão mais abrangente;
- estendeu a responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviço público, ou seja, as concessionárias e as permissionárias de serviço público também serão responsabilizadas de maneira objetiva pelos atos praticados, assim, a título de exemplo, as empresas de serviço de transporte coletivo serão responsabilizadas objetivamente pela prática de atos lesivos.

O § 6.º do artigo 37 da Magna Carta permite que o Estado mova ação regressiva contra o funcionário, ou seja, se o Estado vier a ser condenado por culpa de seu funcionário, terá direito de regresso contra ele. A responsabilidade do funcionário nesse caso, entretanto, é subjetiva, ou seja, depende de prova de culpa.

Com efeito, sempre que alguém tem direito a uma ação regressiva contra outrem, pode fazer uso da denunciação da lide para economia processual, nos termos do artigo 70, inciso III, do Código de Processo Civil. Então, caso o Estado tenha direito à ação regressiva contra funcionário, poderá fazer uso do instituto quando da apresentação da contestação. A lide principal será aquela que a vítima move contra o Estado e a lide secundária será aquela em que o Estado requer o regresso do funcionário. Nesses casos, o juiz deverá, em uma única sentença, decidir as duas ações. O juiz poderá, entretanto, julgar procedente a lide principal e improcedente a lide secundária se o Estado não demonstrar a culpa do funcionário.

Importante frisar a existência de corrente que entende que não se poderia

denunciar da lide nos processos em que isso acarretasse um atraso na lide principal. Então, nesses casos, a denunciação da lide deveria ser indeferida, pois a responsabilidade do Estado é objetiva e a do funcionário é subjetiva, havendo necessidade de demonstração de culpa. Então, como a sentença será única, a lide principal será atrasada. Essa mesma corrente também alega que não haveria sentido a denunciação da lide, tendo em vista o antagonismo na defesa do Estado, ou seja, contesta alegando culpa exclusiva da vítima e denuncia a lide alegando que a culpa foi de seu funcionário.

Oportuno se faz lembrar que há possibilidade de a vítima mover uma ação contra o funcionário e não contra o Estado. A vantagem é que a execução seria mais rápida, no entanto a vítima teria que demonstrar a culpa, tendo em vista que a responsabilidade do funcionário público é subjetiva.

3. DANO

Dano é o efetivo prejuízo sofrido pela vítima de um ato.

Este pode ser:

- *patrimonial (material)*: atinge os bens da pessoa;
- *extrapatrimonial (moral)*: atinge a dignidade, a honra, ou seja, ofende os direitos da personalidade.

Há possibilidade de cumulação das duas "modalidades" de dano.

Ao tratar do dano patrimonial, cabe ao prejudicado pleitear o

"ressarcimento" do prejuízo. Quanto ao dano moral, pleiteia-se a "reparação".

O dano pode ser:

- direto;
- indireto: chamado de dano em ricochete, que é aquele que atinge uma pessoa, mas, indiretamente, atinge um terceiro. Exemplo: matar o marido que paga pensão à esposa.

Todo prejuízo deve ser indenizado. Para se calcular o valor do dano, não se leva em conta o grau de culpa. O cálculo da indenização é feito com base na extensão do prejuízo. Todo prejuízo que a vítima puder provar será indenizado.

O dano deve ser certo e atual, ou seja, não se pode indenizar o dano futuro e meramente hipotético. Em casos de lesões corporais, tem-se admitido o reexame das lesões.

O dano material segue, para sua apuração, a regra do artigo 402 do diploma civil (perdas e danos). Esse artigo explica em que consistem as perdas e danos: o que a pessoa efetivamente perdeu (dano emergente) e o que ela razoavelmente deixou de lucrar (lucro cessante). A prova do lucro cessante é mais difícil, pois é sempre baseada no pretérito, ou seja, no quanto vinha rendendo em determinado período.

Além das perdas e danos, outras verbas costumam ser acrescidas, tais como a correção monetária, que incide desde a data em que a pessoa sofreu o prejuízo, assim como os juros, que podem ser simples ou compostos. Os juros legais são da ordem de 0,5% ao mês.

Juros simples são contados sempre sobre o montante inicial do prejuízo e

incidem desde a data do fato, conforme se verifica na Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça: “Mesmo quando o fato é mero ilícito civil, sobre o valor do prejuízo incidem os juros moratórios desde a data do fato”.

Na indenização podem incidir outras verbas, como no caso de morte do chefe de família, em que cabe a título de exemplo, o pagamento de 13.º salário. Quando o falecido se trata de arrimo de família, esta passa a receber 2/3 (dois terços) dos rendimentos mensais que o falecido ganhava, assim, considera-se que o restante (um terço) era gasto pelo próprio do falecido.

O dano moral é aquele que afeta não o patrimônio, mas os direitos da personalidade (honra, dignidade, intimidade etc.), e podem, conforme anteriormente mencionado, ser indenizado. O dano moral tem o sentido de compensação, sem preocupação de encontrar um valor que corresponda exatamente ao valor que supra a dor experimentada pela vítima. Trata-se de “consolo” à vítima.

As pessoas legitimadas a ingressar com ação pleiteando indenização por danos morais são as diretamente prejudicadas, que também teriam direito à compensação do dano material.

A cumulação de pedidos de dano moral e dano material é possível, conforme se verifica na Súmula n. 37 do Superior Tribunal de Justiça : “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”. Assim, Permite-se a cumulação do ressarcimento do dano moral com a indenização do dano material.

A Constituição Federal/88 acolheu o princípio de que o dano moral é indenizável. O artigo 1.º da Constituição assegura certos direitos básicos, dentre eles, o direito à dignidade. Além disso, determina o artigo 5.º, incisos V e X, da Constituição Federal que é assegurada a reparação do dano moral junto

com o material quando ocorre ofensa à honra, à imagem ou à intimidade.

O dano moral atinge também a honra objetiva, que se trata daquilo que outras pessoas pensam sobre o indivíduo. Tanto é que as pessoas jurídicas podem pleitear o ressarcimento pelo dano moral. As pessoas jurídicas têm honra objetiva (bom nome, conceito na sociedade).

Surge o problema de como calcular o dano moral. Hoje, fala-se em buscar o valor como forma de compensação. Esta compensação tem duplo caráter, pois visa ao ressarcimento e à sanção, não deixando de observar o princípio da reserva legal (não há pena sem prévia cominação legal), posto que se trata de princípio aplicável a todo o ordenamento jurídico, e não apenas no Direito Penal.

No Brasil não é seguido o sistema do tarifamento para apuração do prejuízo sofrido em decorrência do dano moral. Aqui, utiliza-se o sistema aberto, ou seja, arbitramento pelo juiz a cada caso (artigos 944 a 946 do Código Civil).

O Código Brasileiro de Telecomunicações de 1962, que foi revogado pela Lei de Imprensa de 1967, trazia alguns critérios para apuração do dano moral (situação econômica do ofendido e do ofensor etc.) Essas leis estabelecem os valores mínimo e o máximo, que podem variar de 5 a 200 salários mínimos.

O Supremo Tribunal Federal diz que esse limite máximo estaria revogado tacitamente pela Constituição Federal, que não estabeleceu limite, o que impede que haja interpretação restritiva.

Por esse motivo, a jurisprudência entende que devem ser levados em conta alguns critérios, como a situação econômica do ofensor e do ofendido (“a dor do pobre vale menos que a dor do rico”).

Como falamos acima, o Novo Código Civil além de diferenciar já no artigo 186 o dano moral do dano material, outorgou absoluta liberdade ao juiz para fixar o montante da indenização por danos morais, no mesmo pensamento já adotado tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelo Superior Tribunal de Justiça. Além da norma acima citada, temos o disposto no artigo 944: "A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente a indenização".

DIREITO CIVIL

Prof. Vitor Frederico Kümpel

1. TEORIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES

1.1. Considerações Gerais

O Direito pode ser dividido em dois grandes ramos: direitos não patrimoniais (que tratam dos direitos da personalidade, direito à vida, à liberdade, à honra etc.) e direitos patrimoniais (que tratam dos direitos que envolvem valores econômicos).

O Direito das obrigações e o Direito das coisas integram os direitos patrimoniais. Entretanto, apesar de integrarem o mesmo ramo, não podem ser confundidos, porque o primeiro trata de direitos pessoais e o segundo trata dos direitos reais.

Direito pessoal é o direito do credor contra o devedor, tendo por objeto uma determinada prestação. Forma-se uma relação de crédito e débito entre as pessoas.

Direito real é o poder – direto e imediato – do titular sobre a coisa, com exclusividade e contra todos. Cria um vínculo entre a pessoa e a coisa (direito de propriedade), e esse vínculo dá ao titular uma exclusividade em relação ao bem (*erga omnes*).

Há, ainda, outras diferenças entre os direitos pessoais e os direitos reais:

a) Quanto à formação

- *Direitos reais:* têm origem na lei, não podem ser criados em um contrato entre duas pessoas, sendo, por esse motivo, limitados. Seguem o princípio do *numerus clausus* (número limitado).

- *Direitos pessoais:* não resultam da lei, nascem de contratos entre pessoas. Há 16 contratos nominados pela lei, entretanto, é possível a criação de contratos inominados, pois, para exsurgir um direito pessoal, basta que as partes sejam capazes e o objeto seja lícito. Segue o princípio do *numerus apertus* (número aberto.)

b) Quanto ao objeto

- *Direito das coisas*: o objeto é sempre um bem corpóreo.

- *Direito pessoal*: o objeto é a prestação. Sempre que duas pessoas celebram um contrato uma delas torna-se devedora de uma obrigação em relação à credora.

c) Quanto aos sujeitos

- *Direito pessoal:* os sujeitos são o credor e o devedor (sujeito ativo e sujeito passivo).

- *Direitos reais*: costuma-se dizer que o direito real somente possui o sujeito ativo porque esse é ligado à coisa (de um lado o titular e do outro lado a coisa). A explicação, entretanto, é didática. Nos direitos reais, em princípio, o sujeito passivo é indeterminado porque todas as pessoas do universo devem abster-se de molestar o titular (são direitos oponíveis *erga omnes*). No instante em que alguém viola o direito do titular, o sujeito passivo se define.

d) Quanto à prescrição

A ação que protege os direitos pessoais é chamada de *ação pessoal* e prescreve em 10 anos, a não ser que exista uma regra especial (exemplo: ações pessoais contra a Fazenda Pública prescrevem em 5 anos).

As ações reais também prescrevem em 10 anos, adotando o Código Civil uma única sistemática para ambas as ações.

Pela sistemática do Código Civil de 1916 é que as ações pessoais prescreviam em 20 anos e as reais em 15 ou 10 anos, dependendo se era entre ausentes ou presentes.

e) Quanto à duração

- *Direitos pessoais*: são transitórios, pois nascem, duram um certo tempo e se extinguem (pelo cumprimento, pela compensação, pela prescrição, pela novação etc.).
- *Direitos reais*: são perpétuos, significa dizer que não se extinguem pelo não uso, entretanto, extinguem-se pelas causas expressas em lei (por exemplo: desapropriação, usucapião em favor de terceiros, perecimento da coisa, renúncia etc.).

1.2. Conceito de Obrigação

Obrigação é o vínculo jurídico que confere ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento da prestação. Se há um direito pessoal, é porque duas pessoas se obrigaram uma com a outra.

1.3. Fontes das Obrigações

Pode-se dizer que a obrigação resulta da vontade do Estado, por intermédio da lei (exemplo: obrigação de prestar alimentos, obrigação do patrão responder pelo ato do empregado, obrigação do pai responder pelo ato do filho etc) ou da vontade humana, por meio dos contratos (obrigação de dar, fazer ou não fazer), das declarações unilaterais da vontade (promessa de recompensa e título ao portador) e dos atos ilícitos (obrigação de reparar o prejuízo causado a terceiro– ato ilícito civil, previsto na Parte Geral do Código Civil).

Alguns autores entendem que a única fonte de obrigação é a lei, porque é ela quem obriga as pessoas a cumprirem os contratos que celebram ou as declarações de vontade que expressam ou, ainda, a repararem os danos que causam.

Pode-se dizer, então, que algumas vezes a lei é a fonte imediata (direta) da obrigação (exemplo: a obrigação alimentar), outras vezes, porém, ela é a fonte mediata (indireta) da obrigação.

1.4. Elementos Constitutivos da Obrigação

1.4.1. Elemento subjetivo

Diz respeito aos sujeitos da obrigação. Os sujeitos da obrigação são chamados de credor (sujeito ativo) e devedor (sujeito passivo). Os sujeitos podem ser pessoas naturais ou jurídicas, devendo ser determinados ou, ao menos, determináveis. Não se considera, como capaz de gerar uma obrigação, um contrato em que os sujeitos sejam indeterminados.

Pode haver contrato em que, a princípio, um dos sujeitos seja indeterminado, mas no qual existam elementos que permitam determinar o sujeito (exemplo: alguém coloca um anúncio prometendo recompensa para quem encontrar um cachorro; de imediato não se sabe quem é o credor da obrigação, mas a declaração traz elementos que podem determinar o sujeito ativo: quem encontrar o cachorro).

1.4.2. Elemento objetivo

Toda obrigação tem o seu objeto. O objeto da obrigação é sempre uma conduta humana que se chama prestação (dar, fazer ou não fazer). A prestação também tem o seu objeto, que se descobre com a pergunta: *o quê?* (alguém se obriga a fazer – fazer O QUÊ?)

Pode-se dizer que o objeto imediato da obrigação é a prestação, e o objeto mediato da obrigação é aquele que se descobre com a pergunta *o quê?*.

1.4.3. Vínculo jurídico

É aquele que nasce das diversas fontes e que liga o credor ao devedor e vice-versa.

1.5. Obrigação e Responsabilidade

A obrigação difere da responsabilidade. A obrigação, quando cumprida, extingue-se. Não cumprida, gera a responsabilidade por perdas e danos (artigo 389 do Código Civil). Pode-se dizer, então, que a responsabilidade somente nasce quando não for cumprida a obrigação.

Há, entretanto, dois casos de obrigação não cumprida e que não geram responsabilidade: dívidas prescritas; e dívidas de jogo (não podem ser cobradas).

1.6. Classificação das Obrigações

1.6.1. Quanto ao objeto

É sempre uma conduta humana – dar, fazer ou não fazer alguma coisa – e se chama prestação. Duas delas são positivas (dar e fazer) e uma é negativa (não fazer).

1.6.2. Quanto aos elementos constitutivos

Leva em conta o número de sujeitos e o número de objetos. As obrigações, quanto aos elementos constitutivos, podem ser simples e compostas (complexas). Obrigação simples é aquela que tem um único sujeito ativo, um único sujeito passivo e um só objeto. Basta que um desses elementos seja em número de dois para que a obrigação seja composta.

Quando possui mais de um objeto, a obrigação é chamada de obrigação composta pela multiplicidade de objetos; quando possuir mais de um sujeito, é chamada de composta pela multiplicidade de sujeitos.

a) Compostas pela multiplicidade de objetos

Podem ser cumulativas (também chamadas de conjuntivas) e alternativas (também chamadas de disjuntivas). Nas obrigações cumulativas, os vários objetos estão ligado pela conjunção *e* (exemplo: o devedor obriga-se a entregar ao credor um automóvel *e* um animal). Nas obrigações alternativas os vários

objetos estão ligados pela disjuntiva *ou* (exemplo: o devedor obriga-se a entregar ao credor um automóvel *ou* um animal).

Obrigação facultativa é alternativa apenas para o devedor, que tem a faculdade de entregar o objeto principal ou substituí-lo por outro. Se o objeto principal perecer sem culpa do devedor, resolve-se a obrigação e o devedor não estará obrigado a entregar o segundo objeto, porque esse consistia apenas numa faculdade prevista pelo contrato. Para o credor, que só pode exigir o objeto principal, a obrigação continua sendo simples.

b) Compostas pela multiplicidade de sujeitos

As obrigações podem ser divisíveis, indivisíveis e solidárias. São divisíveis quando o objeto da prestação pode ser dividido entre os vários credores ou os vários devedores. São indivisíveis quando o objeto da prestação não pode ser dividido entre os vários credores ou os vários devedores.

Quando o objeto é indivisível e um só dos devedores é encontrado – embora cada um deva cumprir sua quota-parte –, esse terá de cumprir integralmente a obrigação, tendo direito de regresso em face dos demais devedores.

Nas obrigações solidárias não se toma por base a divisibilidade ou não do objeto, devendo-se observar se existe alguma cláusula contratual ou um dispositivo de lei que disponha ser a obrigação solidária.

Quando a obrigação é solidária, cada devedor responde sozinho pela dívida integral. O artigo 932 do Código Civil dispõe que os pais respondem pelo atos dos filhos menores; que o patrão responde pelos atos dos seus empregados; etc. A obrigação dessas pessoas é solidária (artigo 942 do Código Civil).

Quanto aos efeitos, há uma certa semelhança entre a indivisibilidade e a solidariedade, pois nas duas, ainda que haja vários devedores, somente de um o credor poderá cobrar a obrigação integral.

OBRIGAÇÃO INDIVISÍVEL	OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA
Embora um dos devedores possa ser obrigado a cumprir sozinho a obrigação integral, isso só ocorrerá porque o objeto é indivisível, pois na verdade cada devedor só deve sua quota-parte.	Nesse caso, o devedor poderá ser obrigado a cumprir sozinho a obrigação integral porque cada devedor responde pela dívida inteira.
Converte-se em perdas e danos se o objeto perecer por culpa dos devedores, passando a ser, portanto, divisível.	Se a obrigação se converter em perdas e danos, continuará sendo solidária porque a solidariedade não depende da indivisibilidade ou não do objeto.

Há várias outras modalidades de obrigações tratadas pela doutrina.

- *Obrigações de meio*: a obrigação é de meio quando o devedor não se responsabiliza pelo resultado e se obriga apenas a empregar todos os meios ao seu alcance para consegui-lo.

  Se não alcançar o resultado, mas for diligente nos meios, o devedor não será considerado inadimplente (exemplo: obrigações dos advogados, obrigações dos médicos).

- *Obrigação de resultado:* a obrigação é de resultado quando o devedor se responsabiliza por esse. Se o resultado não for obtido, o devedor será considerado inadimplente (exemplo: médicos que fazem cirurgia plástica , trabalho de natureza estética; a não ser que seja para correção de doença).

- *Obrigações civis:* aquelas cujo cumprimento pode ser exigido porque encontra amparo no direito positivo (a todo direito corresponde uma ação que o assegura). O ordenamento jurídico dá apoio ao credor.

- *Obrigações naturais:* são as dívidas prescritas, dívidas de jogo e os juros não convencionados. Não podem ser cobradas em Juízo.

- *Obrigações de execução instantânea:* as contraídas para serem cumpridas instantaneamente (exemplo: compra e venda à vista).

- *Obrigações de execução diferida:* aquelas que devem ser cumpridas em momento futuro. É diferida porque transferida para data futura.

- *Obrigações de prestações sucessivas:* são cumpridas em vários atos, como ocorre com as prestações periódicas.

- *Obrigações puras e simples:* são aquelas sob as quais não pesa nenhum ônus (exemplo: doação).

- *Obrigações condicionais:* aquelas cuja eficácia está subordinada a um evento futuro e incerto, geralmente aparecem com a partícula *se*.

- *Obrigações a termo:* aquelas cuja eficácia está subordinada a um evento futuro e certo.

- *Obrigações com encargo:* aquelas sob as quais pesa um determinado encargo. Verifica-se nas doações e nos testamentos, que são chamados atos de liberalidade.

- *Obrigações híbridas:* as que constituem um misto de direito real e de direito pessoal (exemplo: obrigação *propter rem*, que recai sobre uma pessoa em razão de sua condição de titular de um determinado direito real).

2. OBRIGAÇÕES EM GERAL

2.1. Obrigação de Dar Coisa Certa

Na obrigação de dar coisa certa, o credor não pode ser compelido a aceitar coisa diversa, ainda que mais valiosa. A dação em pagamento (dar coisa diversa) depende da concordância do credor e extingue a obrigação (artigo 313 do Código Civil).

2.1.1. Perecimento e deterioração da coisa

Prevalece a regra *res perit domino*, ou seja, a coisa perece para o dono. Portanto, se a coisa desapareceu antes da alienação, quem perde é o alienante.

- *Perecimento*: havendo o perecimento (perda total) da coisa, deve-se verificar se houve ou não culpa do devedor. Não havendo a culpa, resolve-se a obrigação, sem qualquer responsabilidade. Se o perecimento ocorreu por culpa do devedor, haverá obrigação de pagar o equivalente em dinheiro – mais perdas e danos –, desde que provado o prejuízo.

- *Deterioração*: é a perda parcial da coisa; também nesse caso deve-se observar se houve ou não a culpa do devedor. Não havendo culpa, o credor poderá optar por desfazer o negócio, ou ficar com a coisa mediante abatimento do preço avençado. Se houve culpa do devedor, as opções continuam as mesmas, acrescidas do pedido de perdas e danos, desde que provado o prejuízo.

2.2. Obrigação de Dar Coisa Incerta

A coisa incerta não deve ser entendida como coisa totalmente indeterminada. Ao menos,deve ser determinada pelo gênero e quantidade (artigo 243 do Código Civil). Há coisa incerta quando alguém se obriga a entregar coisa sem determinar sua qualidade. Faltando, porém, a determinação do gênero ou da quantidade, não existe obrigação.

A escolha da qualidade caberá ao devedor, se o contrário não for convencionado. Pode-se, no contrato, convencionar que a escolha caberá ao comprador ou a um terceiro. Quando a escolha couber ao devedor, ele não poderá escolher a pior qualidade, entretanto, também não será obrigado a entregar a melhor qualidade. O legislador optou pelo princípio da qualidade média nos casos de escolha pelo devedor. Se existirem apenas duas qualidades, e a escolha couber ao devedor, o critério lógico seria poder escolher qualquer delas, entretanto a lei é omissa nesse caso.

Feita a escolha, a coisa não é mais incerta. A obrigação de dar coisa incerta passa a reger-se pelas regras da obrigação de dar coisa certa. A escolha, depois de manifestada, exteriorizada, chama-se concentração (é uma denominação doutrinária).

Antes da escolha o devedor não poderá alegar caso fortuito ou força maior (artigo 246 do Código Civil), porque antes da escolha não existe coisa certa. Tem-se apenas o gênero e esse nunca perece (*genus nunquam perit*).

2.3. Obrigação de Fazer

Três são as espécies de obrigação de fazer:

- infungível (personalíssima ou *intuito personae*);
- fungível (impessoal);
- emissão de declaração de vontade.

2.3.1. Obrigação de fazer infungível

Obrigação infungível é aquela que não pode ser substituída por outra de mesmo gênero, quantidade ou qualidade.

A obrigação sempre será infungível quando a pessoa for contratada em razão de suas condições pessoais, de suas qualidades técnicas ou artísticas. O credor ainda pode dispor, nesse tipo de contrato, que somente aquele devedor poderá cumprir a obrigação. Então, pode-se dizer que há duas hipóteses de obrigações de fazer infungíveis:

- quando é evidente que a pessoa foi contratada em razão de suas qualidades pessoais (exemplo: contrato de show com um artista conhecido);
- quando houver cláusula expressa, no contrato, dizendo que somente o devedor poderá cumprir a obrigação.

As obrigações infungíveis algumas vezes podem não ser cumpridas, ou por impossibilidade ou por recusa.

- *Impossibilidade*: se a obrigação se tornar impossível, sem culpa do devedor, resolve-se a obrigação; se o devedor der causa a essa impossibilidade, responderá por perdas e danos.
- *Recusa*: o devedor não cumpre a obrigação porque não quer. Será sempre culposa e, por este motivo, o devedor responderá por perdas e danos. Às vezes o credor não exige indenização, querendo que o devedor cumpra a obrigação.

2.3.2. Obrigação de fazer fungível

A obrigação será fungível sempre que o devedor ou a coisa puder ser substituída, por não haver necessidade de determinadas qualidades para o cumprimento da obrigação.

2.4. Obrigação de Não Fazer

O contratante lesado pode exigir o desfazimento do que foi feito, sob pena de desfazer-se às suas custas, mais perdas e danos. Há casos de obrigação de não fazer em que a única saída que resta ao lesado é perdas e danos porque, se foi feito, não poderá ser desfeito.

Extingue-se a obrigação do devedor se se tornou impossível cumpri-la (exemplo: se uma lei sobrevier ao contrato obrigando a fazer o que o devedor se obrigou a não fazer, torna-se impossível o cumprimento da obrigação de não fazer e, por esse motivo, ela se extingue).

2.5. Obrigações Alternativas

Obrigação alternativa é aquela composta pela multiplicidade de objetos, ligados pela disjuntiva *ou*. Alguém se obriga a entregar *ou* restituir – uma coisa ou outra –, bastando a entrega de um dos objetos para que o devedor seja considerado adimplente. Quando são mais de dois objetos, há uma obrigação alternativa múltipla.

Não se deve confundir obrigação alternativa com obrigação de dar coisa incerta. A obrigação alternativa tem sempre dois ou mais objetos. A obrigação de dar coisa incerta tem um único objeto e ele é indeterminado quanto à qualidade.

No silêncio do contrato, a escolha cabe ao devedor. Pode haver convenção no sentido de que a escolha caberá ao credor ou a um terceiro, previamente determinado e de comum acordo. O Código se omite no caso de, após a assinatura do contrato, o terceiro – escolhido de comum acordo – não aceitar a incumbência da designação. Acabou sendo adotada a seguinte solução: aplicar por analogia o artigo 485 do Código Civil, que trata da fixação de preço. Se o terceiro não aceitar a incumbência, os contratantes devem, de comum acordo, escolher uma outra pessoa; se não houver acordo para a substituição, a solução é desfazer o negócio.

O devedor não pode obrigar o credor a aceitar parte de um objeto e parte de outro (exemplo: se há a obrigação de entregar 10 sacas de arroz ou 10 sacas de feijão, o devedor não pode obrigar o credor a aceitar 5 sacas de cada espécie).

Quando as prestações forem anuais, elas podem se alternar (exemplo: um testador, para deixar um legado, impõe ao legatário a condição de, uma vez por ano, entregar 10 sacas de arroz ou 10 sacas de feijão à uma instituição de

caridade; o devedor poderá alternar, entregando em um ano arroz, no outro feijão).

Em alguns casos fica impossível para o devedor cumprir a obrigação.Ex.: perecimento do objeto. Se não ocorreu culpa do devedor, a obrigação se extingue. Se houver, entretanto, culpa do devedor pelo perecimento da coisa, há duas soluções:

- *Se a escolha for do devedor*: perecendo um dos objetos, a obrigação se concentra no outro. Se perecerem os dois objetos, o devedor pagará, em dinheiro, o equivalente do último objeto que pereceu, mais perdas e danos.
- *Se a escolha for do credor*: perecendo um dos objetos, o credor poderá ficar com o remanescente, ou exigir em dinheiro o equivalente do que pereceu, mais perdas e danos. Havendo o perecimento dos dois objetos, o credor pode exigir, em dinheiro, o equivalente de qualquer deles, mais perdas e danos.

2.6. Obrigação Solidária

A solidariedade pode ser de três espécies: ativa (quando há uma pluralidade de credores); passiva (quando há pluralidade de devedores) ou mista (quando há vários credores e vários devedores).

Para que haja solidariedade é preciso que essa resulte da lei ou da vontade das partes (artigo 265 do Código Civil), não podendo ser presumida. Se não existir lei ou contrato dispondo que a dívida é solidária, a mesma será divisível (cada credor somente poderá cobrar a sua parte, e cada devedor responderá somente pela sua cota).

O único caso de solidariedade ativa que resulta de lei é a forma de pagamento dos débitos dos pecuaristas (Lei Rural n. 209/48).

Nos casos de solidariedade ativa, o devedor se exonera pagando a qualquer dos credores antes de a dívida estar sendo cobrada judicialmente. Se a dívida já estiver sendo cobrada em Juízo, o devedor somente poderá pagar ao credor que ingressou com a ação.

Nos casos de solidariedade passiva, o credor pode cobrar a dívida de qualquer dos credores ou de todos eles (artigo 275 do Código Civil). Quando o credor escolhe somente um dos devedores, esse, que paga a dívida, terá direito de regresso contra a cota parte de cada um dos co-devedores solidários, pois entre eles a obrigação é divisível (artigo 283 do Código Civil).

O devedor principal é aquele a quem a dívida interessa exclusivamente. Se um dos co-devedores pagar a dívida na íntegra, terá o direito de cobrar a mesma do devedor principal (artigo 285 do Código Civil). Quando o co-devedor move ação contra o devedor principal, sub-roga-se no crédito.

O credor poderá renunciar à solidariedade em favor de um ou de vários credores solidários, entretanto, para cobrar dos outros deverá descontar a cota-parte daquele a quem remitiu.

2.7. Obrigações Naturais

2.7.1. Conceito

Como já vimos, as obrigações são civis ou naturais, conforme o fundamento.

O nosso Código Civil não trata da matéria, havendo uma definição sobre o tema no artigo 2.º do Código Libanês. Ali está estabelecido: "A obrigação natural é um dever jurídico cujo cumprimento não pode ser exigido, mas cuja execução voluntária tem o mesmo valor e produz os mesmos efeitos de uma obrigação civil".

2.7.2. Obrigação natural e obrigação civil

A obrigação natural, conforme verificamos acima, é aquela da qual não se pode exigir o cumprimento, enquanto a obrigação civil é aquela cujo cumprimento pode ser exigido, porque encontra respaldo no direito positivo.

Aplica-se o disposto no artigo 75 do Código Civil de 1916, pois a cada direito corresponde uma ação. Apesar de não haver coação no cumprimento, caso haja ajuizamento voluntário, os efeitos são os mesmos.

2.7.3. Elementos

Temos quatro elementos para cumprimento da obrigação natural:

- *Não são obrigações morais*: os efeitos são jurídicos.
- *Sanção não plena*: ao contrário das obrigações civis, a sanção não tem caráter pleno.
- *Previsão no sistema positivo*: a obrigação natural, para ter tal característica, tem que ter expressa previsão no sistema jurídico.
- *Previsão pelo direito costumeiro*: a obrigação natural pode ser prevista pelo direito costumeiro, espécie de direito positivo.

2.7.4. Sistema legal

O Código Civil prevê a obrigação natural.

Os artigos 882 e 883, ao tratarem do pagamento indevido, dispõem: não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita ou cumprir obrigação judicialmente inexigível. Como bem assinala o Professor LIMONGI, com a prescrição ocorreu o desaparecimento da ação, persistindo o direito ao crédito. Já, no artigo 883, a obrigação natural aparece como forma de sanção para os que querem violar a ordem jurídica e a ética.

O artigo 564, inciso III, do Código Civil, ao tratar da doação, diz que não se revogam por ingratidão as doações que se fizerem em cumprimento de obrigação natural.

O artigo 814 do Código Civil, quando trata do jogo de aposta determina: "Não obriga a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor, ou interdito". Aqui a obrigação natural tem o caráter de sanção.

2.7.5. Direito costumeiro

A primeira hipótese é a do pagamento de gorjeta aos empregados de restaurantes, hotéis e congêneres – o cliente não está obrigado por lei a arcar com os 10%. Na realidade, quem efetua o pagamento o faz a título de obrigação natural.

Outro exemplo é o do pagamento de comissão amigável para intermediar os ocasionais em negócios com imóveis. Não são corretores profissionais e não há obrigatoriedade de remuneração pela intermediação. O pagamento é feito a título de obrigação natural.

3. DA CLÁUSULA PENAL

Era tratada pelo Código Civil de 1916 como uma das modalidades das obrigações. Porém, de maneira acertada foi relacionada no Título IV "Do inadimplemento das obrigações", como uma das formas de inexecução das obrigações.

É a multa estipulada nos contratos para as hipóteses de total inadimplemento da obrigação, de cumprimento imperfeito ou, ainda, de mora. Qualquer contrato aceita cláusula penal.

A cláusula penal é também chamada de *pena convencional* ou *multa contratual*. A cláusula penal, em geral, é estipulada para pagamento em dinheiro, mas também pode tomar outras formas, como a perda de um benefício.

Tem natureza acessória, ou seja, não existe por si, devendo sempre estar acompanhando um contrato principal, podendo, entretanto, ser estipulada na obrigação principal ou em separado (artigo 409 do Código Civil). A nulidade da obrigação principal importa a da cláusula penal. Resolvida a obrigação principal, resolve-se também a cláusula penal.

A cláusula penal tem uma função principal (forçar o cumprimento da obrigação, atuando como elemento da coerção) e uma função secundária (evitar o total descumprimento da obrigação, sendo que o CP atua com a prefixação das perdas e danos, quando estipuladas para o caso de total inadimplemento da obrigação).

Quem não cumpre a sua obrigação, no tempo e no modo devido, responde por perdas e danos (artigo 389 do Código Civil). As perdas e danos

abrangem não só aquilo que a pessoa efetivamente perdeu, mas também o que ela deixou de lucrar (danos emergente e lucros cessantes). Quem pleitear perdas e danos deve provar o prejuízo alegado.

Para cobrar o valor da cláusula penal, não se deve provar o prejuízo (artigo 416 do Código Civil). A multa, portanto, apresenta-se como uma convenção entre as partes.

Se a cláusula penal não cobrir todo o prejuízo, a parte prejudicada pode ingressar com ação de perdas e danos, mas terá o ônus de provar o prejuízo (artigo 416, parágrafo único, Código Civil).

4. PAGAMENTO EM GERAL

4.1. Conceito

Pagamento – em sentido amplo – ou execução é o mesmo que implemento, adimplemento, prestação, resolução e solução.

Pode ser definido como a prestação daquilo a que o sujeito se obrigou. Muitos consideram a execução um efeito da obrigação, porém execução é o pagamento, o adimplemento da obrigação.

O pagamento põe termo à relação jurídica. É uma forma de extinção das obrigações e dos contratos, pelo seu cumprimento.

4.2. Classificação

PAGAMENTO PURO E SIMPLES
(execução voluntária da obrigação)

- quem deve pagar
- a quem se deve pagar
- objeto do pagamento
- lugar do pagamento
- tempo do pagamento

4.3. Pagamento Puro e Simples

4.3.1. Conceito

Como já vimos, pagamento é o mesmo que execução e adimplemento. O pagamento puro e simples é aquele em que não há modificação relevante fundada em lei, não há alteração da substância do vínculo.

É a *solutio*. Isso porque aquele que deve tem que pagar.

Com o pagamento, alcança-se o objeto, e a relação jurídica entre devedor e credor se extingue, liberando a ambos.

O Professor SILVIO RODRIGUES entende que pagamento é espécie do gênero adimplemento. O vocábulo adimplemento abrange todos os modos, diretos ou indiretos, de extinção da obrigação, pela satisfação do credor. Inclui, por conseguinte, a novação, a compensação etc. Já o termo pagamento fica reservado para significar o desempenho voluntário da prestação, por parte do devedor.

4.3.2. Elementos

O pagamento é composto de três elementos:

- *Sujeito ativo*: é aquele que deve pagar (*solvens*).
- *Sujeito Passivo*: é aquele a quem se deve pagar (*accipiens*).
- *Objeto:* é o vínculo obrigacional que justifica o pagamento (dar, fazer ou não fazer).

O pagamento põe termo à relação jurídica, realizando o conteúdo do negócio jurídico.

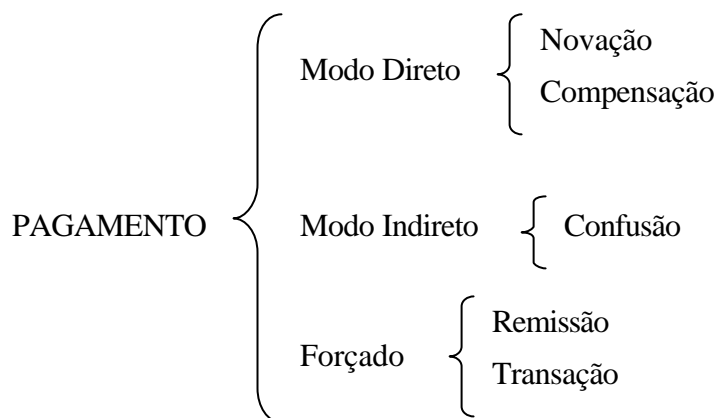
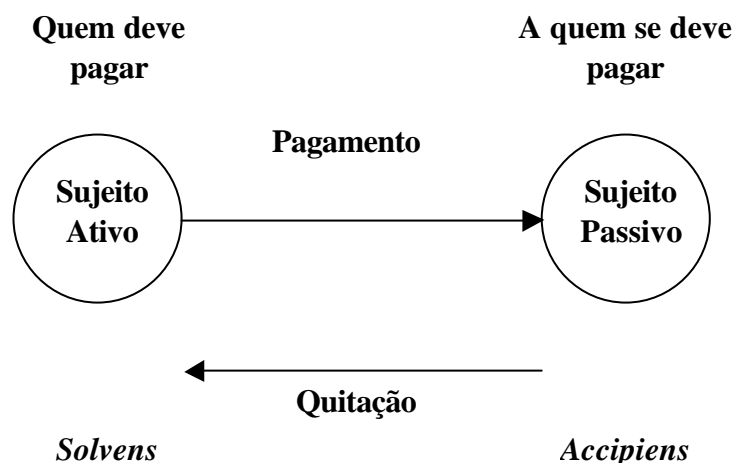
PAGAMENTO
- Modo Direto
  - Novação
  - Compensação
- Modo Indireto
  - Confusão
- Forçado
  - Remissão
  - Transação

Quadro Ilustrativo**:**

Quem deve pagar — **A quem se deve pagar**

Sujeito Ativo → **Pagamento** → **Sujeito Passivo**

← **Quitação**

Solvens — ***Accipiens***

4.3.3. Sujeito ativo do pagamento

Sujeito ativo é aquele que deve efetuar o pagamento. É óbvio que é o devedor que tem o principal interesse e a própria obrigação de pagar, cabendo ao credor a obrigação de quitar.

Em primeiro lugar é preciso questionarmos se a obrigação é personalíssima. Caso seja, somente o obrigado pode efetuar o pagamento; não sendo, qualquer um pode pagar, até os herdeiros.

Dos arts. 304 e 305 do Código Civil depreendemos cinco regras:

- *Pagamento por qualquer pessoa*: a dívida pode ser paga por qualquer pessoa, tenha ou não ela legítimo interesse.
- *Irrelevância da vontade do credor*: o pagamento pode ser feito mesmo contra a vontade do credor– basta que o terceiro se utilize dos meios próprios para tal (por exemplo, a consignação em pagamento).
- *Terceiro interessado*: é imperiosa a distinção entre o terceiro interessado e o não interessado. O terceiro interessado sub-roga-se nos direitos do credor.
- *Terceiro não interessado*: se o terceiro não é interessado, não se sub-roga. Se o credor era hipotecário, o terceiro tem o direito de reembolsar-se, porém sem os privilégios da hipoteca.
- *Pagamento em nome do devedor*: mesmo o terceiro não interessado se sub-roga nos direitos do credor ao pagá-lo, não em seu próprio nome, mas em nome e por conta do devedor (arts. 304, parágrafo único, e 305).

O artigo 304 do Código Civil dispõe que qualquer terceiro – até mesmo o não interessado – pode pagar a dívida, , desde que o faça em nome e por conta do devedor. Na realidade, pouco importa para o credor quem faça o pagamento, desde que o faça corretamente. Para o credor, o importante é receber o que lhe é devido, isto é, o seu crédito. O devedor também só tem vantagens, pois vê a dívida retratada, já que sua obrigação em nada se agrava, só atenua. Do ponto de vista social, o cumprimento da obrigação também só traz vantagem , já que a ação judicial é um elemento de intranqüilidade social.

O terceiro não interessado pode pagar a dívida em seu próprio nome ou em nome do devedor.

Se pagar em nome do devedor, não surge outra relação obrigacional, pois seria como se o próprio devedor tivesse efetuado o pagamento. Ocorre mera liberalidade por parte do terceiro. É a interpretação do artigo 305, a contrário senso. Como o dispositivo legal mencionado determina que o terceiro não interessado que pague a dívida em seu próprio nome tem direito a reembolsar-se, evidente que, se pagou em nome do próprio devedor, não tem direito ao reembolso.

Se o terceiro não interessado paga a dívida em seu próprio nome, com fundamento no artigo 304, tem direito ao reembolso, porém sem qualquer sub-rogação nos direitos do credor. Não há *animus donandi*. Quis apenas ajudar o devedor.

O credor não pode recusar o pagamento efetuado pelo terceiro não interessado, desde que seja feito em nome do devedor. Esse terceiro não interessado é aquele que não tem vínculo com o contrato.

O cumprimento da obrigação, por qualquer um, é elemento de paz social, de forma que é sempre estimulado pelo Direito.

Resumindo:

- O terceiro que paga a dívida em nome do devedor pratica essa liberalidade (exemplo: amigo, amante, parente). É a regra do artigo 305 do Código Civil. Não há direito ao reembolso.

- O terceiro que paga a dívida em seu próprio nome, tem direito ao reembolso, mas não se sub-roga nos direitos do credor (artigo 305 do Código Civil). Aqui não há só liberalidade. O pagamento não pode nem deve gerar o enriquecimento sem causa.

O artigo 305 do Código Civil diz que o *solvens* não se beneficia com a sub-rogação porque, quando paga ao credor, desaparece a relação jurídica originária e surge outra, sem relação direta com a anterior.

No pagamento com sub-rogação, a relação jurídica originária não se extingue, subsistindo o vínculo obrigacional entre o devedor e a pessoa que sub-roga, já que o sub-rogado assume o lugar do credor, satisfeito na obrigação.

A anuência é expressa ou tácita, advinda do próprio silêncio, cujas conseqüências já foram vistas.

4.3.4. Sujeito Passivo do Pagamento

Credor - parte

Terceiro interessado → mandatário

Terceiro alheio → gestor → vontade

O sujeito passivo (*accipiens*) é aquele que deve receber, ou a quem se deve pagar. Para BEVILÁQUA, o credor é também o sucessor *causa mortis* ou *inter vivos*, a título particular ou singular.

O princípio está no artigo 308, quando esse dispõe que o pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só valer se ratificado pelo credor ou se reverter em proveito dele.

Caso não haja, portanto, pagamento corretamente feito ao credor ou seu representante, compete ao devedor provar que houve ratificação ou que houve reversão em proveito do credor.

Aplica-se o velho brocardo de que *quem paga mal, paga duas vezes*.

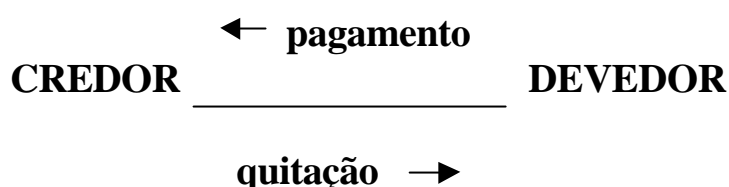
Nem sempre, portanto, a regra geral de que o pagamento deve ser efetuado ao credor é válida.

O pagamento, às vezes, efetuado ao credor não é válido (exemplo: pagamento ao menor que não pode quitar).

O pagamento efetuado para terceiro, às vezes, quita.

Exemplo: credor ratifica pagamento ao credor incapaz.

← pagamento

CREDOR _______________ DEVEDOR

quitação →

Com o pagamento da obrigação, compete ao credor a quitação. A quitação é a prova de que a obrigação se extinguiu, total ou parcialmente, pelo seu adimplemento.

O credor incapaz não pode praticar ato jurídico sem estar representado ou assistido, de forma que não pode, de *per si*, quitar. Tanto que o artigo 310 do Código Civil considera viciado o ato jurídico, não valendo o pagamento ao menor que não pode quitar. Ex.: pagamento ao menor impúbere e não ao pai. Aqui não é só a quitação que é inválida, já que o próprio pagamento é considerado não realizado. A própria lei prevê uma exceção (artigo 310 do Código Civil) quando diz que o pagamento efetuado ao incapaz de quitar será válido quando reverter em benefício desse. O ônus da prova é do devedor desidioso. Exemplo: se o menor gastar o dinheiro, o devedor pagará novamente.

A regra geral visa proteger o incapaz. Tal benefício, porém, para não gerar instabilidade jurídica ou enriquecimento indevido, não aproveitará ao incapaz, quando ele, apesar da idade, fizer bom uso do dinheiro.

Observação: O devedor deve saber que o menor é incapaz ou ter mecanismos para conhecer tal situação. Se o devedor for induzido em erro quanto à idade, erro escusável, poderá anular o negócio jurídico e o pagamento prevalecerá. (O artigo 310 do Código Civil fala em "cientemente".)

a) Crédito penhorado (artigo 312 do Código Civil)

Se o devedor vier a ser intimado da penhora, feita sobre seu crédito por outras dívidas, não poderá utilizar o bem penhorado para pagar dívidas com terceiros.

O patrimônio do devedor responde por suas dívidas. Tal patrimônio contém bens corpóreos e incorpóreos (créditos). Tais bens devem estar desobstruídos para pagamento. Portanto, mesmo pagando ao credor real, se o bem estiver penhorado, tal pagamento será ineficaz.

Tanto a penhora quanto o embargo sobre a dívida retiram do credor o poder de receber. O devedor ciente da constrição, se efetuar o pagamento, apesar da penhora ou impugnação, se sujeita a fazê-lo duas vezes. A solução não prevalece sobre o exeqüente ou embargante. Cabe ação regressiva ao devedor, para devolver (repetir) o que transferiu.

b) Representante do credor

O pagamento pode ser feito ao representante do credor.

Representante
- **Legal:** designado por lei (exemplo: pais, tutores e curadores).
- **Judicial:** nomeado pelo juiz (exemplo: depositário judicial).
- **Convencional:** advindo de contrato (exemplo: portadores de mandato).

O pagamento em qualquer dos casos é válido, desde que o representante tenha poderes para representar.

O artigo 311 do Código Civil diz que o portador da quitação é mandatário do credor. Há presunção *juris tantum* de mandato. Isso porque haveria uma negligência se o credor permitisse que o terceiro, contra sua vontade, trouxesse consigo a quitação do crédito de que é titular. A presunção não é irrefragável e pode ser elidida por prova em contrário (exemplo: se o mandatário parecer vadio, a presunção será elidida).

c) Validade do pagamento a terceiro

- *Credor ratificado*: é um gestor de negócios com eficácia *ex tunc*, isto é, reatroage até a realização do negócio e produz todos os efeitos do mandato (artigo 873 do Código Civil).

- *Pagamento aproveita ao credor*: mesmo sem a ratificação por parte do credor ou do portador de mandato, caso o pagamento aproveite ao credor, ocorre a extinção da obrigação pela quitação, para evitar o enriquecimento indevido. É de quem paga o ônus de provar o benefício. Exemplo: homem paga ao filho em vez de pagar à mulher, mas o numerário é usado na escola.

- *Pagamento ao credor putativo*: o credor putativo é aquele que não é, mas se apresenta, aos olhos de todos, como o verdadeiro credor. Exemplo: Herdeiro aparente. É o caso do herdeiro afastado posteriormente da herança, por indignidade.

4.3.5. Objeto do pagamento

Apesar de o Código apresentar 14 artigos a respeito do objeto do pagamento, na realidade a maioria deles diz respeito à prova do pagamento.

Isso porque – o tema já foi analisado anteriormente –, na realidade o objeto do pagamento, por ocasião da elaboração do Código anterior, tinha pouca importância, pois não havia inflação, sendo um período de estabilidade monetária. Da mesma forma, o Código de 2002 também vem num período de baixa inflação consagrado pelo Plano Real, de forma que o objeto do pagamento não sofreu grandes avanços.

Ademais, o Brasil adotou o princípio do nominalismo em seu Código Civil, segundo o qual, nas obrigações em dinheiro, o devedor se libera pagando em moeda corrente em lugar do cumprimento da prestação, conforme preceitua o artigo 315 do Código Civil combinado com o artigo 586 do mesmo diploma. Porém, o próprio artigo 316 determinou que as partes podem convencionar aumento progressivo de prestações sucessivas. Também artigo 317 disciplina a

teoria da imprevisão autorizando o juiz a corrigir distorções em relações jurídicas de trato sucessivo.

O Código autorizava, até mesmo a estipulação em moeda estrangeira, matéria que foi revogada pela Medida Provisória n. 1.675-43 de 26.10.1998. A vedação ao pagamento em ouro ou moeda estrangeira surgiu ao partir do Decreto n. 23.501 de 1933, pois passamos de um período de liberalismo, em que a moeda era um instrumento de troca, para uma política intervencionista estatal, na qual a moeda passa a ser um mecanismo de controle da economia.

a) Princípio do nominalismo

Segundo tal princípio, o devedor tem o direito de se liberar da obrigação, pagando a mesma quantidade de moeda recebida. O legislador parte de uma ficção, na qual a moeda constitui um valor fixo, imutável, e as outras coisas aumentam e diminuem de valor. Desse modo, o devedor de uma importância em dinheiro se libera pagando o valor nominal da moeda corrente no lugar do cumprimento de uma obrigação. Independentemente da alteração do valor intrínseco da moeda, portanto, o devedor de uma importância em dinheiro se libera da dívida oferecendo a quantidade de moeda inscrita no título da dívida. Hoje resta evidente que o caráter inflacionário torna imperiosa a adoção da correção monetária, para evitar o enriquecimento indevido de uma parte em relação a outra.

b) A cláusula de escala móvel

Tal recurso surgiu exatamente porque a moeda estrangeira não poderia ser utilizada como fator de indexação para fins de pagamento da obrigação, sendo considerada objeto ilícito pelo sistema jurídico pátrio. Portanto, a cláusula de escala móvel é aquela que traz uma variação na prestação do devedor, segundo os índices de custo de vida ou segundo os preços de

determinadas mercadorias. Para fugir do efeito inflacionário, o credor estipula o pagamento em moeda, em valor que corresponda ao de determinadas mercadorias – tais como *cesta básica* –, gêneros que são sensíveis à desvalorização da moeda. Outro fator de indexação utilizado é o salário mínimo, muito embora ele seja descaracterizado como fator de correção monetária pela Lei n. 6.205/75 que, ao lado de proibir o reajustamento clausular com base no *salário mínimo* (artigo 1.º), autorizou a aplicação da ORTN (Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional). A Lei n. 6.423/77 proibiu a estipulação em qualquer escala móvel que não fosse a ORTN. Com a criação do Plano Cruzado (Dec. -lei n. 2.284/86) ficou proibida, sob pena de nulidade, cláusula de reajuste monetário nos contratos inferiores a um ano. Com o Cruzado Novo (Lei n. 7.730/89) houve o congelamento de preços, de forma que não havia mais correção monetária no sistema e só os contratos com prazo superior a 90 dias poderiam sofrer reajuste. A Medida Provisória n. 57/89 e a Lei n. 7.777/89 fixaram o BTN, até mesmo o BTN Fiscal.

Há divergência doutrinária quanto à conveniência da utilização da escala móvel. O Professor SILVIO RODRIGUES entende que a mesma gera inflação, enquanto os Professores CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA e ARNOLDO WALD defendem o instituto. Não há nada na lei brasileira que invalide a cláusula de escala móvel, de maneira que a mesma é lícita, segundo a opinião do Professor VILLAÇA.

4.3.6. Prova do pagamento

A quitação é prova do pagamento. Aliás, o artigo 319 já dispõe nesse sentido. A quitação consiste em um escrito, no qual o credor reconhece o recebimento do que fora estipulado e libera o devedor até o montante que foi

pago. A quitação geral libera o devedor do vínculo geral que o prendia ao credor.

O devedor tem o direito de reter o pagamento caso o credor se recuse em fornecer a quitação, sendo esse o mandamento do artigo 319. Tal retenção não implica em mora, pois o artigo 396 estabelece que não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre esse em mora. Haverá a mora do credor por meio da recusa indireta, chamada de *mora credendi* (artigo 394 do Código Civil).

A pergunta feita pelos juristas SILVIO RODRIGUES e RUBENS LIMONGI FRANÇA, à luz do Código Civil de 1916, diz respeito ao fato de a quitação ser ato solene, por ter forma prescrita em lei, ou ato não solene. Aliás, havia uma aparente contradição, pois o artigo 940 apresenta requisitos para quitação enquanto o artigo 1.093 diz que a quitação pode ocorrer por qualquer forma.

SILVIO RODRIGUES, transcrevendo lição de CERPA LOPES – que já seguia orientação de BEVILÁQUA –, diz que a quitação não precisa ter a forma do contrato, bastando que se perfaça por escrito e satisfaça os requisitos do artigo 940 do Código Civil. O Mestre entende que o legislador exigiu forma escrita de quitação – a assinatura do credor. O Professor RUBENS LIMONGI FRANÇA afirma que se trata de forma fixa genérica e não única, podendo a quitação ser por escritura pública ou particular devendo obedecer aos ditames do artigo 940 do Código Civil.

O artigo 320 do Código Civil continua a apresentar o mesmo formalismo do artigo 940 para quitação, porém apresenta um parágrafo único que diz: "Ainda sem os requisitos estabelecidos neste artigo valerá a quitação, se de seus termos ou das circunstâncias resultar haver sido paga a dívida". Portanto, o legislador foi flexível e, muito embora não tenha dito que a quitação pode ser

por qualquer forma, garantiu validade a mesma nas hipóteses de comprovação do pagamento da dívida.

A quitação, muito mais do que uma obrigação do credor, é um direito do devedor. Além de incidir em mora, o credor incide em contravenção penal, conforme a Lei n. 4.494/94, artigo 17, inciso II.

4.3.7. Do lugar do pagamento

Em primeiro lugar devemos fazer uma distinção entre a dívida QUESÍVEL (*querable*) e a dívida PORTÁVEL (*portable*).

Quesível é a dívida que se paga, por princípio, no domicílio do devedor. Portável é a dívida que se paga em qualquer lugar determinado.

A regra geral é que a dívida seja normalmente quesível, isto é, deve ser paga no domicílio do devedor. Compete ao credor, portanto, ir até lá para receber o pagamento. O próprio artigo 327 estabelece esse princípio, afirmando que, salvo disposição em contrário, o pagamento deve ser efetuado no domicílio do devedor.

As partes podem transformar uma dívida portável em quesível, por estipulação expressa ou tácita entre as partes. Exemplo: uma dívida está estipulada para ser paga no domicílio do credor; porém, se o credor for cobrar a dívida na casa do devedor, transforma a natureza do local de recebimento.

O Código, quando fala que a lei pode estabelecer o local do pagamento, normalmente diz respeito às dívidas fiscais.

De toda forma, o local do pagamento é importante para caracterizar a mora. Assim, se a prestação deve ser cumprida no domicílio do credor e o

devedor não comparece, incide em mora. Porém, se o credor não comparece no domicílio do devedor para receber a dívida quesível, não há mora, já que não há culpa por parte do devedor.

O artigo 328 do Código Civil apresenta uma lógica necessária quando estabelece que o pagamento, se consistir na compra e venda de imóvel, far-se-á no lugar onde o imóvel se encontra, até porque o imóvel só se transmite com a transcrição do registro imobiliário (artigo 1245 do Código Civil). Portanto, o registro só pode ser feito no cartório da Circunscrição Imobiliária. Há autores que criticam a redação do artigo 328 do Código Civil, afirmando que o contrato tem caráter pessoal e que a relação imobiliária só nasce num momento posterior, tornando irrelevante o local do pagamento. Não podemos nos esquecer que disposição nova foi estabelecida pelos artigos 329 e 330 que determinam: "Ocorrendo motivo grave para que não se efetue o pagamento no lugar determinado, poderá o devedor fazê-lo em outro, sem prejuízo para o credor. O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato".

4.3.8. Do tempo do pagamento

A importância do tempo do pagamento está no fato de que a obrigação só é exigível quando da ocorrência do termo final, isto é, do vencimento; nenhuma dívida pode ser reclamada antes do vencimento, pois não existe dívida antes de vencida a obrigação.

As obrigações se dividem em dois grupos, quanto ao tempo do pagamento: as obrigações com tempo certo e as *sine die* (sem tempo certo).

a) Obrigações com tempo certo

Quando as partes estabelecem data para o pagamento. Não há dificuldade para saber o vencimento nem o momento em que a obrigação deve ser cumprida – sob pena de inadimplemento, face à impontualidade.

Temos, porém, duas exceções:

- *Antecipação do vencimento por força da lei*

Não pode o credor exigir a prestação antes do seu vencimento, já que o prazo, ordinariamente, é o benefício do devedor. A lei pode, porém, para resguardar direitos do credor, antecipar o vencimento da obrigação, conforme dispõe o artigo 333 do Código Civil. O objetivo da disposição legal não é simplesmente o de proteger o credor, de garantir que ele venha realmente receber o seu crédito; ela visa precipuamente garantir a segurança das relações de crédito, preservando o próprio interesse social – tanto que as hipóteses são excepcionais, apresentando o disposto em lei numeração taxativa.

- *Inciso I* : o credor pode cobrar desde logo sua dívida, se o devedor falir ou abrir o concurso de credores, isto é, se tornando insolvente. Isso porque o concurso não só demonstra a impontualidade do devedor como também que a dívida excede a importância dos bens do devedor (artigo 955 do Código Civil). Temos, portanto, o binômio impontualidade e insolvência do devedor. O concurso é um processo, no qual os credores insolventes vão ratear o ativo para cobrirem, em parte e de forma proporcional, seus créditos. A imperatividade do vencimento antecipado está no fato de que, se aquele credor tivesse que aguardar o prazo certo para cobrar o crédito, já não encontraria qualquer bem a executar.

- *Inciso II* : a cobrança antecipada pelo credor pode ocorrer se outro credor executar direitos reais de garantia. Nessa hipótese, o crédito está resguardado por bem certo e específico, dado em garantia pelo devedor. Isso garante ao credor preferência sobre outros no rateio de bens. É lógico, portanto, que, se antes de vencida a dívida um outro credor vier a penhorar o bem já dado em garantia, não deve o primeiro credor ter que aguardar o vencimento de seu prazo, sob pena de não lhe ser resguardado privilégio sobre a dívida.

- *Inciso III* : também haverá a antecipação da obrigação se as garantias que asseguram o débito cessarem, ou se tornarem insuficientes, e o devedor, uma vez intimado, negar-se a reforçá-las. Isso porque o credor só realizou negócio tendo em vista que o devedor dispunha de garantias fidejussórias. Se, porém, tais garantias se deterioraram ou se extinguiram, há uma sensível redução na perspectiva de o credor receber o crédito. Pode, portanto, o credor exigir reforço na garantia, para defender seus interesses. Com a negativa do devedor, há o vencimento antecipado para não trazer maiores prejuízos ao credor.

- *Antecipação do pagamento, por conveniência do devedor*– quando o prazo houver sido estabelecido em seu favor.

A antecipação do pagamento, por conveniência do devedor, ocorre porque há uma presunção relativa de que o prazo, nos contratos, sempre é estabelecido em favor do devedor (artigo 133 do Código Civil). Dessa maneira, o devedor pode abrir mão do prazo concedido, antecipando a prestação.

O devedor só não tem essa benesse quando o prazo for estabelecido em favor do credor, pois esse último pode recusar a

prestação até o dia do vencimento. Normalmente, é irrazoável a recusa do credor.

DIREITO CIVIL

Prof. Vitor Frederico Kümpel

1. PAGAMENTO INDEVIDO

1.1. Pressupostos

No Código Civil de 1916, o pagamento indevido está localizado no Título II, Seção VII, *Dos Efeitos das Obrigações* (artigos 964 a 971). No atual Código Civil, a matéria foi deslocada para o Título VII Dos Atos Unilaterais, com previsão nos artigos 876 a 883.

O pagamento indevido, na verdade, é princípio do Direito, pois é um pagamento sem relação causal, apresentando o princípio do enriquecimento indevido ou sem causa e está consagrado no artigo 876 do Código Civil , que determina que todo aquele que recebeu o que não lhe era devido fica obrigado a restituir. Temos, como exemplo, a impossibilidade de um credor, incapaz de reclamar o segundo pagamento (artigo 310 do Código Civil).

O novo Código Civil também criou um Capítulo novo tratando especificamente "Do enriquecimento sem causa". Determina o artigo 884: "Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários".

1.1.1. Ação in rem verso

A ação *in rem verso* é a que procura equilibrar as relações jurídicas, indenizando o empobrecido, restabelecendo o seu patrimônio, que foi prejudicado pelo enriquecimento da parte contrária, já que o lucro daquele equivale ao prejuízo deste.

São pressupostos da ação *in rem verso*:

- enriquecimento por parte do réu;
- empobrecimento por parte do autor;
- relação de causalidade entre os dois fatos;
- ausência de causa justificadora;
- inexistência de ação específica para resguardar a vítima.

1.2. Regras Gerais

Pelo sistema francês, a matéria é singela, pois aplica apenas e tão-somente a teoria da causa, segundo a qual, se o pagamento não tem causa jurídica que o legitime, deve ser restituído. Para o sistema francês são requisitos do negócio jurídico: o consentimento, a capacidade das partes, a idoneidade do objeto e uma causa lícita da obrigação. O sistema brasileiro não prevê esta última hipótese.

O artigo 876 do Código Civil estabelece a regra da restituição, cabendo a devolução em todas as hipóteses em que não era devido o pagamento. O *solvens* deve reclamar do *accipiens* a repetição do que lhe pagou.

O artigo 877 do Código Civil fixa o ônus da prova do pagamento indevido para aquele que procedeu com erro. Em primeiro lugar, temos de observar se o pagamento foi feito involuntariamente por meio de coação ou sem coação. Na hipótese de haver coação, em que o *solvens* foi forçado a pagar, o direito de repetição ocorre até por causa do vício de vontade. Se o constrangimento, porém, não atingir o grau da coação, precisa ser visto no campo do erro.

Na segunda hipótese, ocorre um pagamento voluntário, que precisa ser verificado na hipótese do erro. Aqui, o ato é consciente e voluntário, havendo liberalidade, podendo cair no campo da doação. Para que isso não ocorra, é necessário que a parte prove o engano. Há quem entenda que tal prova é um ônus duro para o *solvens*, pois a este somente bastaria a prova da própria inexistência da causa; porém, isso não é aceito no nosso sistema.

O *solvens* tanto pode demonstrar a ocorrência de uma simulação inocente, na qual não se pretendia enganar ninguém como o dolo do *accipiens*; porém, em todas as hipóteses, a anulação se daria com base no vício ou no social do negócio.

1.3. Regras Especiais

Duas regras gerais foram tratadas no item anterior: a primeira que obriga a restituição daquele que recebeu o que não lhe era devido, e a segunda, o ônus da prova por parte do que pagou indevidamente, quando procede por ato voluntário, pois quando procede por ato involuntário anula o negócio com base nos vícios. Vejamos, a seguir, as regras especiais.

A primeira regra especial é a do artigo 879, parágrafo único, do Código Civil, segundo o qual a repetição de indébito pode acontecer em relação a bem

imóvel, sendo que o proprietário que indevidamente transmite pode reivindicar o imóvel, cabendo provar que o adquirente agiu de má-fé. As partes retornam ao *status quo ante*. O *accipiens* (pessoa que recebeu) deve ser tratado como possuidor de boa-fé, tendo direito: aos frutos percebidos e colhidos; à indenização pelas benfeitorias úteis, necessárias e voluptuárias; à retenção pelas benfeitorias úteis e necessárias, não respondendo por perda ou deterioração da coisa.

O artigo 879 do Código Civil informa a hipótese do *accipiens* (pessoa que recebeu) vir a alienar o imóvel a um terceiro. Quanto a essa questão, a lei aponta as seguintes soluções:

- Em estando todos de boa-fé, responde o *accipiens* (pessoa que recebeu) apenas pelo preço recebido, pois há um conflito de vários interesses colidentes: há o interesse do *solvens* (o que transmitiu), querendo o patrimônio de volta e há o direito do adquirente de boa-fé, terceiro que precisa também ser prestigiado. Nesse caso, o terceiro adquiriu de quem aparentemente era o dono e, pelo princípio da estabilidade das relações jurídicas, melhor prestigiar o terceiro de boa-fé que agiu diligentemente. Isso porque o *solvens* (pessoa que deve pagar) pagou indevidamente e mediante erro. Já o terceiro de boa-fé não fez nada de errado de molde a ser prejudicado.

- Se a alienação ocorreu a título gratuito e de boa-fé, a solução é diversa. Nesse caso, confere-se ao *accipiens* o direito de reivindicar o imóvel por força do direito de seqüela. Somente o *accipiens* teria prejuízo, pois o terceiro de boa-fé não obteve lucro.

- Aqui, verifica-se a hipótese da má-fé por parte do terceiro, sendo claro que o *accipiens* tem direito de reivindicar o imóvel, quando o

terceiro obra de má-fé, pois não há razão nenhuma para a lei proteger o terceiro de má-fé, cabendo, portanto, a reivindicatória.

- Em havendo má-fé do *accipiens*, e o terceiro adquirente estar de boa-fé, o negócio será mantido e a ação reivindicatória será julgada improcedente. O artigo 879 do Código Civil esclarece que, nesse caso, aquele que recebeu sabia que teria que restituir e, ainda assim, vendeu para um terceiro. Não há ação reivindicatória, como já dito, podendo apenas reclamar o preço, pois entre a boa-fé do *solvens* e a do terceiro, prefere a lei a boa-fé do terceiro.

A segunda regra especial é a do artigo 876 do Código Civil , que trata da restituição quando do pagamento indevido. Esse artigo sofre exceções no artigo 880 do mesmo diploma, no qual aquele que pagou fica isento de ser restituído.

- A primeira hipótese ocorre quando aquele que recebeu (*accipiens*) inutiliza o título da dívida, deixa prescrever a ação ou abre mão das garantias do seu direito. Nessas situações não cabe a repetição. Quem pagou, nada devia, porém inutilizou o título, comportamento normal e ordinário. Aliás, desmuniu-se da prova do direito, perdendo a possibilidade de cobrar do verdadeiro devedor. De um lado, temos o interesse do *solvens* que pagou por erro e, de outro, do *accipiens* que recebeu e deu por quitado o débito. Esse *accipiens* não tem o dever de restituir, até porque agora está desmunido de crédito. Não haveria motivo para o *accipiens* se preservar de qualquer crédito, pois com o pagamento houve a extinção da obrigação. Caso o *solvens* demonstre ser indevido o pagamento, nessa hipótese, não cabe repetição, pois o *accipiens* estaria desguarnecido contra outros. Cabe ao *solvens*,

pessoa que pagou mal, apenas o direito regressivo contra o verdadeiro devedor da quantia que despendeu. É também uma ação *in rem verso* porque não há relação entre as partes, havendo apenas o mesmo fundamento do enriquecimento indevido. Temos como exemplo um contrato de locação, na hipótese de um terceiro, fora da relação jurídica contratual, vir a pagar indevidamente por erro ao locador. Esse, por sua vez, se desfaz do contrato e de eventuais garantias, deixando prescrever seu direito de cobrança, de forma que não cabe repetição contra o locador, mas sim ação *in rem verso* contra o locatário e seus fiadores.

- Também não se aplica a regra geral da restituição quando o pagamento se destina a solver a obrigação natural, porque a obrigação natural vem destituída de sanção, cumprindo ao devedor se lhe aprouver. É uma obrigação suscetiva de obrigação voluntária, não podendo o devedor ser compelido a cumpri-la. É o chamado negócio de consciência. O devedor transforma essa obrigação em obrigação civil perfeita, sendo que o negócio não pode ser repetido. Está mais no campo da moral do que no campo do direito, porque, em tese, não existe direito sem sanção. Nessa situação não há empobrecimento injusto nem indevido porque a pessoa cumpre um dever que acha que está vinculado. Quem recebe a obrigação natural nunca enriquece, pois tal obrigação apenas visa reequilibrar o patrimônio desfalcado. Por tudo o que foi exposto é que não existe a ação *in rem verso*.

- Não cabe repetição quando o pagamento visa obter fim ilícito. Se o objetivo era alcançar um fim imoral ou ilícito, de acordo com o artigo 883 do Código Civil , não terá direito o *solvens* de repetir, pois ninguém pode alegar a própria torpeza ou malícia em juízo. O *solvens*, portanto, não pode reclamar a repetição do que pagou de

forma ilícita ou imoral, obrando de má-fé, até para evitar essas práticas. Nesse sentido, pouco importa se o *accipiens*, pessoa que recebeu, obrou ou não de má-fé, pois não existe demanda com causa vil, até pela própria dignidade da própria justiça. Estabelece o parágrafo único do artigo 883: "No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz".

2. DO PAGAMENTO POR CONSIGNAÇÃO

2.1. Conceito

Consignação é o depósito judicial da dívida. Tal depósito é feito ou porque há dúvida com relação ao credor, ou porque esse é incapaz de receber, ou ainda, porque o credor se recusa em aceitar o pagamento ou não quer quitar a obrigação. É um modo indireto do devedor se liberar da obrigação.

O próprio Beviláqua diz que um modo indireto do devedor se liberar da obrigação consiste no depósito judicial da coisa devida.

A consignatória gera três efeitos imediatos:

- evita discussão sobre o culpado pelo atraso;
- demonstra que o devedor queria cumprir a obrigação;
- retira o trabalho pela guarda da coisa a ser prestada.

2.2. Hipóteses da Consignação

O artigo 335 do Código Civil apresenta seis hipóteses em que a consignatória tem lugar. Os Professores Washington de Barros Monteiro e Silvio Rodrigues entendiam, porém, quando comentavam a disposição análoga do artigo 973 do Código Civil de 1916 que a alteração do dispositivo legal era meramente exemplificativa e citavam, como exemplo, o artigo 591, parágrafo único, do Código Civil de 1916, em que o Poder Público podia fazer uso dos bens particulares no caso de perigo ou comoção, cabendo ao ente público, quando o particular não quer receber o valor, depositar judicialmente. Analisemos as hipóteses do artigo 335:

- Na hipótese do inciso I, o credor, que sem justo motivo, não puder ou recusar-se a receber o pagamento ou dar quitação, incorre em mora. Surge, nesse instante, uma faculdade do devedor, pois apenas está provando não ser faltoso, já que a mora é da outra parte. Exemplo: numa locação *ex locato*, o locador muitas vezes não quer receber o valor da locação para ter motivo para o despejo. Aqui, o depósito vale como pagamento. Este inciso ainda prevê a hipótese de consignação no caso do credor negar-se em ofertar a quitação. O devedor, então, retém o pagamento (artigo 319 do Código Civil) ou deposita em juízo (artigo 335, inciso I, do Código Civil). A segunda hipótese é a melhor porque evita a alegação de impontualidade.

- O inciso II trata da hipótese da dívida *quérable*, em que o credor deve ir buscar o crédito no domicílio do devedor, ao contrário da dívida *portable*, em que o devedor deve ir efetuar o pagamento. Aqui, a inércia do credor faz com que incida em mora, devendo o devedor depositar o numerário.

- O inciso III menciona que, tratando-se de dívida *portable*, o devedor deve levá-la ao domicílio do credor. Se, porém, este for incapaz de receber, for desconhecido, estiver declarado ausente ou residir em local incerto ou de difícil acesso, exigindo esforço extraordinário, pode o devedor depositar o numerário.

- O inciso IV trata da dúvida sobre quem deve receber o objeto do pagamento. Nessa hipótese, para que o devedor não pague mal, melhor é que deposite em juízo. Exemplo: o depósito é justo quando o casal de locadores se separa e os dois exigem o pagamento por parte do inquilino.

- Pendendo litígio sobre o objeto do pagamento, deve o mesmo ser depositado. É o que especifica o inciso V: não paira dúvida sobre a pessoa que o deve receber, porém o litígio garante o bom pagamento por parte do devedor. O artigo 344 do Código Civil esclarece que, caso o devedor pague para um dos litigantes, assume o risco de pagar mal e ser obrigado a pagar duas vezes.

2.3. Requisitos

O artigo 336 do Código Civil apresenta quatro espécies de requisitos para a consignatória ser válida e eficaz:

- *Quanto às pessoas:* a ação deve ser proposta contra o credor ou seu representante, devendo figurar no pólo ativo o devedor ou terceiro que tenha jurídico interesse, muito embora possa até não ter interesse na demanda. Exemplo: é o caso da nora que paga a locação do sogro, pois para o credor é indiferente quem efetua o pagamento.

- *Quanto ao objeto:* a prestação oferecida precisa ser íntegra, isto é, precisa consistir na entrega do bem combinado na quantidade e qualidade dispostas pelas partes. Exemplo: não cabe consignação da diferença quando o pagamento precisa ser do total. Nesse caso estão incluídos os juros vencidos e os legalmente devidos.

- *Quanto ao tempo:* a consignação deve ser efetuada no tempo convencionado ou precisa vir acompanhada dos encargos da mora, quando em atraso. Em havendo inadimplemento absoluto, isto é, quando as prestações forem inúteis ao credor, o mesmo pode recusar o recebimento. Se o prazo foi estipulado em benefício do devedor, e normalmente o é, o pagamento pode ser anterior ao vencimento. Se, porém, o prazo foi estipulado em benefício do credor, o devedor precisa aguardar a data aprazada para efetuar o pagamento.

- *Quanto ao lugar:* segundo artigo 337 do Código Civil o depósito deve ser feito no lugar convencionado entre as partes.

3. DO PAGAMENTO COM SUB-ROGAÇÃO

3.1. Conceito e Natureza Jurídica

Sub-rogação é a substituição do credor, que recebe o pagamento, por quem paga a dívida ou fornece a quantia para o pagamento.

O pagamento é a forma mais pura de extinção das obrigações, pelo próprio cumprimento. Aqui, o pagamento não foi efetuado pelo devedor ao credor, mas sim por uma terceira pessoa que não é o devedor, muito embora a obrigação se extinga em relação ao credor satisfeito. Remanesce, porém, uma

relação jurídica entre o terceiro e o devedor, sendo chamada sub-rogação. Exemplo: no caso da locação, o fiador é tão responsável pelo cumprimento da locação quanto o locatário, muito embora o locatário seja o principal devedor. O fiador pode, esponte própria, pagar ao credor a dívida e se sub-rogar, na qualidade de credor, em relação ao devedor locatário. A dívida, em vez de ser extinta, é substituída em relação aos pólos da ação. Não há, portanto, uma extinção, mas sim uma substituição do pólo ativo da relação jurídica, pois o credor passa a ser outro, remanescendo o mesmo devedor.

A sub-rogação pode derivar por força de lei, sendo chamada sub-rogação legal, ou por vontade das partes, sub-rogação convencional. A hipótese da fiança é uma hipótese de sub-rogação legal. Dois familiares ou amigos podem estipular que um deles pagará a dívida pelo outro ao credor, sub-rogando-se nos direitos.

Existem acessórios que seguem a dívida, de natureza real ou fidejussória, sendo que tais acessórios remanescem no caso de sub-rogação, pois o pagamento não extingue a obrigação. Em havendo, portanto, uma hipoteca na obrigação, transfere-se para o novo credor em relação ao devedor. Neste caso, temos a grande vantagem da sub-rogação, já que a dívida transfere ao novo credor que a pagou ao antigo credor com todos os acessórios e garantias que a guarnecem , não sendo necessário estabelecerem-se novas anuências.

O Prof. Silvio Rodrigues, citando Cole Capitant, diz que ambos, e mais Pothier, acreditam que a sub-rogação é uma ficção de direito, pois a obrigação sobrevive com principal e acessórios, muito embora tenha ocorrido o pagamento em relação ao pagador primígeno. Apesar dos três verificarem a hipótese dessa ficção, acreditam que o Direito moderno não precisa recorrer à ficção do Direito romano.

O Prof. Silvio Rodrigues acaba concluindo que a sub-rogação é um instituto autônomo, não se encaixando em nenhuma das classificações jurídicas e seus institutos, anteriormente vistos.

3.2. Espécies de Sub-rogação

A sub-rogação pode ser legal ou convencional, dependendo da fonte da qual derive.

A sub-rogação legal tem por fonte a lei,porque o próprio legislador contempla a hipótese em que terceiros saldam os débitos de outrem, conferindo-lhes a qualidade de credores. Essa sub-rogação independe da vontade dos interessados. Já a sub-rogação convencional é a que emana da vontade das partes, tendo caráter puramente contratual.

3.2.1. Sub-rogação legal

Essa espécie de sub-rogação está estribada na idéia de uma convenção tácita entre o credor e o sub-rogado, segundo a qual o credor cede ao sub-rogado os direitos que tinha em face do devedor. O artigo 346 do Código Civil estabelece as hipóteses de sub-rogação legal:

- A hipótese do inciso I é aquela em que, em havendo dois ou mais credores em relação ao débito, aquele que paga em nome do devedor se sub-roga em todas as preferências dos demais credores. Ex.: em havendo dois credores, sendo um deles credor hipotecário e outro credor quirografário, pode o credor quirografário pagar ao hipotecário, passando a ser credor hipotecário.

- A hipótese prevista no inciso II diz respeito à sub-rogação legal quando o adquirente do imóvel hipotecado paga ao credor hipotecário, bem como do terceiro que efetiva o pagamento para não ser privado de direito sobre o imóvel. Nesse caso, o adquirente paga a dívida do alienante para elidir a execução sobre o imóvel, remanescendo a sub-rogação. Essa hipótese é inútil e rara. Apenas tem utilidade quando existe mais de uma hipoteca, pois, caso contrário, o adquirente sub-rogado terá seu crédito assegurado por seu próprio imóvel. No caso de hipoteca, caso resgate a primeira, adquire preferência sobre os outros credores hipotecários. A hipótese é rara porque ninguém adquire o imóvel sem a certidão negativa de ônus reais.

- Também há sub-rogação legal, conforme o inciso III, quando o terceiro interessado, na qualidade de solidário, paga a dívida na qual podia ser compelida a fazê-lo no todo ou em parte. Nesse caso, o devedor solidário, que paga a totalidade da dívida, paga muito além do que deve, incluindo débitos de co-obrigados. Ele se sub-roga nos direitos do credor. O mesmo ocorre em relação a coisas indivisíveis, como a fiança, já mencionada.

3.2.2. Sub-rogação convencional

A sub-rogação convencional ocorre por iniciativa do credor, pois este, independentemente da vontade do devedor, procura alguém para assumir o seu crédito. Também pode acontecer por iniciativa do devedor, sem a ciência do credor, para que alguém venha a saldar a dívida sub-rogando-se nos direitos da obrigação. Sempre precisa ocorrer a sub-rogação contemporânea ao pagamento; caso contrário o pagamento extingue a obrigação. Surgindo

obrigação nova, não haverá sub-rogação, mesmo que os acessórios sejam idênticos, pois a obrigação morta não ressuscita.

De acordo com o inciso I do artigo 347 a sub-rogação é convencional quando o credor recebe o pagamento de terceiro, que expressamente lhe transfere todos os seus direitos. Aqui temos o instituto análogo à cessão de crédito, até porque pode ter valor especulativo.

O artigo 347, em seu inciso II, apresenta a hipótese de uma terceira pessoa emprestar ao devedor a quantia para solver a dívida, remanescendo o mutuante nos direitos do credor satisfeito, independente da vontade do credor. O devedor passa a transmitir um bem que, na realidade, encontra-se em patrimônio alheio. O credor primitivo não pode se opor, já que, por questão lógica, o que ele quer é a satisfação de seu crédito. Para que ocorra esta última espécie de sub-rogação, é necessário que a mesma seja simultânea ao pagamento, que o empréstimo quite a dívida anterior e que o pagamento sub-rogue o mutuante nos direitos do antigo credor.

4. DA DAÇÃO EM PAGAMENTO

4.1. Conceito

A dação em pagamento é uma forma de alteração do vínculo, em que o credor pode consentir em receber coisa que não seja dinheiro, substituindo a prestação devida (artigo 356 do Código Civil).

O artigo 313 do Código Civil já esclarecia que o credor não era obrigado a receber outra coisa, ainda que mais valiosa, quando o objeto era coisa certa. Esse critério advém da segurança das relações jurídicas. O credor pode, entretanto, consentir em receber um bem substituindo outro, ocorrendo uma dação em pagamento.

A origem da dação em pagamento é a *datio insolutum* do Direito romano, no qual, no processo da execução, o devedor podia substituir um bem por outro para que o bem não fosse vendido por preço vil. No início era até proibido pelo Digesto. A dação em pagamento, portanto, é a execução do débito por meio de objeto não avençado, consentindo o credor.

A dação em pagamento tem natureza jurídica própria, porém tem muito da compra e venda e muito da cessão de crédito. Há quem entenda que a dação em pagamento é uma modalidade de novação por mudança de objeto. O credor consente em substituir seu crédito antigo por um novo, cujo objeto é diferente. Esse crédito novo vigora por pouquíssimo tempo, isto é, desde a convenção até o efetivo pagamento. A dívida passa, portanto, a ser renovada, ou melhor, novada. Nesse sentido, a dação está embutida numa novação subentendida, conforme preceitua o grande Planiol.

4.2. Requisitos para a Dação

- A coisa dada em pagamento deve ser diferente do objeto pactuado.
- O credor deve concordar com a substituição.

5. DA NOVAÇÃO

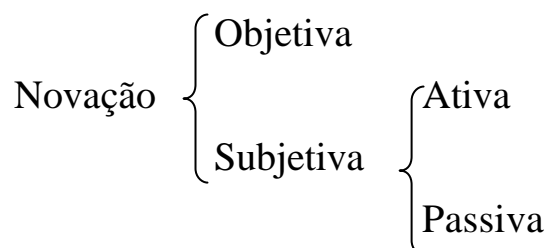
5.1. Conceito

A novação é uma forma de pagamento por meio da alteração da natureza do vínculo, em que ocorre a transmudação em outro, do débito anterior, alterando a causa da relação jurídica. As partes criam obrigação nova para extinguir uma antiga.

Ocorre o perecimento da obrigação originária, surgindo outra que toma o seu lugar. Surge um processo de simplificação, pois, num único ato, extingue-se uma obrigação antiga, iniciando-se uma nova. Temos como exemplo a hipótese do mutuário que, por ocasião do vencimento, indica um devedor seu para liquidar a prestação, obtendo a concordância de todos. Nasce uma nova dívida entre outras pessoas não originariamente vinculadas.

Temos novação tanto na modificação do objeto quanto na modificação do sujeito ativo ou passivo da obrigação, ocorrendo a novação objetiva ou subjetiva.

5.2. Espécies

Novação
- Objetiva
- Subjetiva
  - Ativa
  - Passiva

A novação será objetiva quando a obrigação nova apresentar um elemento novo no campo do objeto ou da causa da obrigação. Sendo o esse elemento o sujeito da obrigação, temos a obrigação subjetiva, que pode trazer esse elemento tanto no pólo ativo quanto no pólo passivo, novação subjetiva passiva.

O artigo 360 do Código Civil apresenta a classificação, dispondo no inciso I, a novação objetiva. Aqui, o objeto da obrigação se altera. Exemplo: o devedor concorda em receber uma indenização em dinheiro. Pode haver mudança na causa da obrigação. Exemplo: o devedor de aluguéis declara-se vinculado a um contrato de mútuo. O inciso II trata da novação subjetiva passiva, pois a pessoa do devedor se altera. Há uma delegação, na qual o devedor indica um terceiro para resgatar o débito.

Temos também o instituto da expromissão, figura na qual o terceiro assume o débito sem haver pedido do devedor, havendo apenas a concordância do credor. O artigo 362 do Código Civil autoriza, afirmando que a novação, por substituição do devedor, pode ser efetuada independentemente do consentimento deste.

No artigo 360, inciso III, do Código Civil, é apresentada a novação subjetiva ativa em que a figura do credor sofre alteração. Por meio de nova obrigação, o primitivo credor deixa a relação jurídica e o outro toma o seu lugar.

Esse instituto tem pouca valia porque outros são mais interessantes, como a cessão de crédito e a cessão de contrato, além da sub-rogação. Até por isso, alguns códigos mais modernos deixam de disciplinar a matéria. A novação extingue a dívida primitiva, fazendo surgir uma nova, sem os acessórios da dívida originária. Segundo o artigo 364 do Código Civil as garantias das dívidas e dos acessórios remanescem extintos pela novação, pois

o acessório segue sempre o principal. Ademais, a novação é interessante para a transmissão das obrigações, pois a rigidez do sistema do Direito romano tornava as obrigações imutáveis, sendo a novação um mecanismo flexível. A novação somente era admitida quando o objeto da dívida permanecia o mesmo (no sistema romano).

5.3. Pressupostos da Novação

Os autores variam com relação ao número de pressupostos para caracterizar a novação. O Prof. Silvio Rodrigues, porém, apresenta cinco:

- *Existência de obrigação anterior:* a própria finalidade da novação é a extinção da obrigação anterior. Se não há obrigação anterior, não há finalidade para a novação, porque a novação equivale ao pagamento e pressupõe uma dívida.

- *Criação de uma obrigação nova:* a novação só pode ser concebida por meio do surgimento de uma nova relação jurídica ou da extinção da primeira obrigação, havendo uma substituição automática. Assim há uma correlação direta entre a nova relação jurídica, que surge com a extinção da anterior, que, caso haja nulidade absoluta ou relativa do segundo negócio, faz com que as partes retornem ao negócio originário com todas as suas características (artigo 182 do Código Civil).

- *O elemento novo:* a segunda obrigação para traduzir uma novação precisa inserir um elemento novo que recaia sobre os sujeitos ou sobre o objeto da ação. Se a dívida e as partes continuam as mesmas, não há novação.

- "*Animus novandi*" esse é o elemento subjetivo psicológico do negócio. Para tal, as partes precisam desejar a extinção de uma obrigação e a criação de outra e, além disso, precisam querer que, com a segunda obrigação, haja a extinção da primeira. Caso não haja essa vontade de criar uma obrigação nova, a segunda obrigação apenas confirma a primeira, conforme o artigo 361 do Código Civil. Por isso, a obrigação nova, para ter eficácia , precisa resultar de ato inequívoco das partes em novar. Tal ônus é sempre pesado para a parte, que é o de demonstrar que houve a vontade de novar, pois o que normalmente acontece é a subsistência das duas ações.

- *Capacidade e legitimação das partes:* todo o negócio jurídico necessita que as partes sejam capazes, principalmente no caso de novação em que, além da criação de uma obrigação, há a extinção de outra. A questão da legitimação também é muito importante, pois o procurador só pode novar se tiver poderes expressos para isso. A capacidade necessária é a de contratar e transigir, pois há o perecimento da primeira obrigação.

5.4. Efeitos da Novação

O principal efeito da novação tem como preceito precípuo a extinção da obrigação anterior em relação ao seu principal e aos seus acessórios. Isso porque o acessório segue o principal, de forma que, extinguindo-se o primeiro, extingue-se o segundo. Exemplo: juros.

O segundo efeito, conforme previsto no artigo 364 do Código Civil, permite que as partes expressamente convencionem no sentido de possibilitar a sobrevivência dos acessórios na obrigação nova, o que pode acontecer em

relação a arras, cláusula penal, juros etc. Tais acessórios, porém, são novos, já que há uma nova obrigação entre as partes e, por serem novos, não vinculam terceiros que, expressamente, não consintam. Aliás, o artigo 366 do Código Civil, confirma a regra no sentido de que o fiador, devedor-acessório, apesar de ser solidário, não pode ser executado na hipótese da novação sem o seu expresso consentimento. Para isso, ele precisa prestar uma nova fiança. O mesmo se diz em relação ao artigo 364 do Código Civil, que aborda os direitos reais em garantia e em relação à solidariedade, prevista no artigo 365 do Código Civil.

6. DA COMPENSAÇÃO

6.1. Conceito

A palavra "compensação" deriva do verbo compensar (*pensare cum*), e traz a idéia da balança com um peso em cada um dos lados. Se os dois pesos forem iguais, haverá um perfeito equilíbrio, anulando-se a obrigação. Se os pesos forem desiguais, o equilíbrio não ocorrerá até a concorrência do peso mais fraco.

Compensação, portanto, é a extinção recíproca de obrigações até a concorrência dos respectivos valores entre pessoas que são devedoras uma da outra. O artigo 368 do Código Civil informa que, na hipótese em que duas pessoas forem, ao mesmo tempo, credoras e devedoras uma da outra, haverá extinção das obrigações até o montante da compensação. Até o ponto da equivalência haverá extinção das obrigações.

6.2. Espécies

Temos três espécies de compensação:

- *legal:* compensação que advém por mandamento de lei.
- *voluntária:* que ocorre por convenção entre as partes.
- *judicial:* que decorre de sentença do juiz em reconvenção.

A compensação convencional decorre apenas da vontade das partes. O Brasil não adota esse sistema, porém o mesmo vem disposto no Código Suíço das Obrigações.

Importante esclarecer que, apesar de o Brasil não adotar o sistema da compensação convencional, podem as partes convencionar a compensação, em que esta não ocorre por faltar algum pressuposto para tal.

A compensação judicial também é chamada reconvencional, porque o juiz verificará, em sede de reconvenção, a matéria, hipótese em que, mesmo sendo uma dívida ilíquida, o juiz poderá torná-la líquida e compensá-la. O Prof. Silvio Rodrigues discorda da possibilidade de o juiz compensar créditos, pois ou eles existem por força da lei, ou não existem, e o juiz deve abster-se de agir.

6.3. Pressupostos da Compensação

Para que a compensação opere de forma automática, independentemente da vontade das partes, por força exclusiva da lei, precisa decorrer de pressupostos cumulativos e indispensáveis à sua configuração:

- *Reciprocidade das obrigações:* é o elemento mais importante na compensação, pois as obrigações contrapostas extinguem-se por haver direitos opostos. É exatamente a hipótese em que duas pessoas são reciprocamente credoras e devedoras uma da outra.

- *Liquidez das dívidas:* segundo o artigo 944 e seguintes do Código Civil a obrigação líquida é certa quando a existência é determinada quanto ao objeto. As dívidas devem ser líquidas, vencidas e fungíveis (artigo 369 do Código Civil). Não é concebível a compensação se não há certeza e não se sabe o montante da dívida. O Código Civil brasileiro não adotou a tese do Código italiano, que permite a compensação da dívida ilíquida quando a liquidez for fácil e rápida.

- *Exigibilidade atual das prestações:* é óbvio que a compensação só pode ocorrer quando as dívidas estiverem todas vencidas, pois o devedor tem direito ao prazo, não precisando o mesmo abrir mão para que se opere a compensação. Se uma dívida está para vencer, impossível a compensação. Exemplo: moratória.

- *Fungibilidade dos débitos:* não basta as prestações serem fungíveis, devem também ser fungíveis entre si. Animais e produtos agrícolas são fungíveis, porém não há compensação entre eles, pois não há homogeneidade. É necessário que os objetos sejam permutáveis. O artigo 452 do Código Civil confirma que a própria qualidade, além da espécie, pode ensejar a não-compensação.

6.4. Dívidas Não-compensáveis

O artigo 375 do Código Civil determina que, no caso de renúncia de um dos devedores, não poderá haver compensação. Apesar de a lei,

compulsoriamente, dispor da compensação, as partes podem dispensá-la por ato unilateral de qualquer uma delas.

O legislador, no artigo 373 do Código Civil, impediu a compensação nos seguintes casos:

- *Se uma das causas provier de esbulho, furto ou roubo*: tais créditos são incompensáveis, pois não geram obrigações voluntárias, sendo de fonte ilícita. Sendo o fato jurídico um fato ilícito, é certo que o ilícito não gera conseqüências no mundo jurídico, gerando apenas responsabilidade.

P.: Há compensação quando o débito do agente do esbulho, furto ou roubo, for em dinheiro, por ter se convertido em indenização?

R.: Duas teses são defendidas. O Prof. Silvio Rodrigues entende que, no momento em que o objeto criminoso deixou de ser coisa certa e se converteu em moeda, pode a compensação ocorrer porque o credor não precisa perscrutar da origem do dinheiro.

- *Se uma das dívidas se originar de comodato, depósito ou alimentos*: no caso de comodato, temos o empréstimo de um bem infungível, que é incompensável. No depósito, a parte também tem obrigação de devolver a coisa certa, não cabendo compensação. O débito alimentar é incompensável, pois o mesmo tem a natureza de bens da personalidade a fim de garantir a sobrevivência da pessoa.

- *Se uma das dívidas for coisa não suscetível de penhora*: se o bem é impenhorável é porque está fora do comércio ou o legislador quis

proteger o devedor. Dessa forma, se houvesse a compensação, haveria a alienação, frustrando o escopo da impenhorabilidade.

Por fim, as dívidas fiscais, conforme o artigo 374 do Código Civil, também não podem ser compensadas.

6.5. Renúncia à Compensação

A renúncia pode acontecer de maneira unilateral (artigo 375 do Código Civil), isso é, por vontade de uma das partes, quando essa for a desfavorecida, ou de maneira bilateral (artigo 376 do Código Civil), por convenção das duas partes.

O artigo 376 do Código Civil é supérfluo, pois as partes podem convencionar a compensação, até porque estamos tratando de direitos disponíveis, ainda que os requisitos legais não estejam presentes.

A dificuldade está no prejuízo que a compensação pode trazer a terceiros. É bom deixarmos assentado que a renúncia só pode ocorrer nesse caso se o terceiro, por exemplo, o fiador, não restar prejudicado, sob pena de vedação do instituto.

A renúncia unilateral impede a compensação (artigo 375 do Código Civil) anterior à efetivação, pois, se fosse posterior, ressuscitaria a dívida por vontade de uma das partes, o que é impossível. Ela ocorre quando o devedor previamente abre mão de benefícios que adviriam da compensação.

7. DA TRANSAÇÃO

7.1. Conceito

Transação é o ato jurídico pelo qual as partes, fazendo concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas.

O artigo 840 do Código Civil menciona claramente que os litígios podem se extinguir por meio de concessões mútuas. A transação, portanto, é um meio de concessões recíprocas.

P.: Por que as partes optam pela transação?

R.: Para evitar os riscos da demanda; para liquidar pleitos em que se encontram envolvidas; para evitar a morosidade das lides.

7.2. Natureza Jurídica

Várias são as posições sobre a natureza jurídica da transação. Muitos encaram a transação como um contrato, e vários Códigos europeus (França e Itália) discorrem sobre a transação no capítulo dos contratos. No Brasil, o Código Civil disciplinou a matéria entre os modos de extinção das obrigações.

Beviláqua diz que a transação é um ato jurídico bilateral, sendo um contrato, muito embora também diga que não é propriamente um contrato.

Para Carnelucci a transação é a solução contratual da lide. É "o equivalente contratual da sentença", e o artigo 849 do Código Civil informa que a transação só se anula por vício de vontade e não se anula por erro de direito.

7.3. Elementos de Transação

- *Acordo entre as partes*: é claro que, se a transação tem natureza contratual, o acordo entre as partes, nesse negócio bilateral, é *conditio sine qua non* da transação.

- *A vontade de pôr fim em relações contrapostas:* como já vimos, conforme o artigo 840 do Código Civil a transação é a forma de extinção de vontades contrapostas. É indispensável a existência de dúvida na relação jurídica, poisas partes jamais fariam acordo se tivessem absoluta certeza de seus direitos. Tal dúvida pode recair no resultado da demanda e em outros elementos incidentais, ainda que a parte creia que será vitoriosa na demanda. Se não pairar nenhuma espécie de dúvida, não há que se falar em transação.

Tanto isso é verdade que, se já há sentença transitada em julgado, é nula a transação quando qualquer uma das partes não tenha ciência a respeito desse fato (artigo 850 do Código Civil),porque, até o trânsito em julgado, não há mais *res litigiosa*.

- *Concessões recíprocas:* para haver transação, as partes precisam abrir mão de seus direitos ou de parte deles. A parte sacrifica seu direito em prol de paz.

7.4. Formas de Transação

Existem duas espécies de transação:

- *judicial*: celebrada em juízo;

- *extrajudicial*: celebrada fora dele.

A transação judicial pode ser feita por termo nos autos, por meio de escritura pública ou, ainda, por instrumento particular, conforme dispõe o artigo 842, do Código Civil.

A transação extrajudicial deve ser feita por escritura pública, conforme o artigo 842 do Código Civil ou, ainda, por escritura particular, quando não for exigida escritura pública. O Prof. Washington de Barros Monteiro diz que não é necessária a forma sacramental nas hipóteses de escrito particular, podendo constar de simples recibo.

7.5. Objeto da Transação

Segundo o artigo 841 do Código Civil a transação só existe em direitos patrimoniais de caráter privado. Os bens fora do comércio e os bens de caráter privado, inclusive os publicistas, estão eliminados do objeto da transação.

- *Direitos personalíssimos:* tanto os direitos personalíssimos quanto as coisas inalienáveis não podem ser negociados. Incluímos, ainda, todos os bens e direitos de família. Ex.: guarda de filho não pode ser transacionado com dinheiro.

- *Ordem pública:* todas as questões que envolvem ordem pública não são transacionadas. A transação concernente a obrigações resultantes de delito não perime a ação penal da Justiça Pública, mesmo se as partes fizerem acordo na esfera cível, afora as hipóteses da Lei n. 9.099/95, na qual a transação penal põe termo à própria ação penal. Nos demais casos não põem.

7.6. Efeitos da Transação

- *Eficácia* inter *partes:* por estarmos falando de contrato, a transação só pode vincular as partes que, voluntariamente, se obrigam, motivo pelo qual a transação não aproveita e nem prejudica os intervenientes e os interessados (artigo 844 do Código Civil).

- *A transação é contrato extintivo:* desaparecendo a obrigação litigiosa, desaparecem os acessórios, inclusive a fiança. Por isso, o § 1.º do artigo 844 dispõe que, na compensação principal, restará desobrigado o fiador. Para sobreviver à fiança, é indispensável a anuência expressa do fiador. O mesmo acontece em relação aos devedores solidários, pois a transação feita por qualquer um deles em relação ao credor, extingue com relação aos demais (artigo 844, § 3.º, do Código Civil), sendo que, para manter obrigados os demais devedores, é indispensável uma nova relação jurídica.

- *Efeitos declaratórios da transação:* a transação não transmite direitos, apenas os reconhece e os declara (artigo 843 do Código Civil). O legislador presume *iures ad iure*, presunção absoluta de que os direitos reconhecidos na transação já estão incorporados no patrimônio de cada uma das partes; portanto, não são passíveis de aquisição. Essa é uma ficção do direito, pois na realidade as partes estão abrindo mão de parcelas de seus direitos na transação. O efeito da transação é declaratório, não constitutivo.

8. CESSÃO DE CRÉDITO

8.1. Conceito

Cessão de crédito é um negócio jurídico bilateral, gratuito ou oneroso, pelo qual o credor de uma obrigação (cedente) transfere, no todo ou em parte, a terceiro (cessionário), independentemente do consentimento do devedor (cedido), sua posição na relação obrigacional, com todos os acessórios e as garantias, salvo disposição em contrário, sem que se opere a extinção do vínculo obrigacional.

Trata-se de um contrato em que o cedente transmite seu direito de crédito, no todo ou em parte, ao cessionário, que o adquire, assumindo sua titularidade.

O cedido (devedor) não intervém no negócio jurídico, pois sua anuência é dispensável. Basta que se lhe comunique a cessão, para que se saiba quem é o legítimo detentor do crédito para que se efetue o pagamento no momento oportuno. O cedente ou o cessionário notifica o cedido.

8.2. Modalidades

- *Gratuita ou onerosa:* o cedente pode exigir ou não uma contraprestação do cessionário.
- *Total ou parcial:* se total, o cedente transferirá todo o crédito; se parcial, o cedente poderá permanecer na relação obrigacional, caso retiver parte do crédito.
- *Convencional, legal ou judicial:* a convencional é a que decorre da livre e espontânea declaração de vontade entre cedente e cessionário.

A legal resulta da lei, independentemente de qualquer declaração de vontade, determinando, a mesma, a substituição do credor. Ex.: sub-rogações legais (artigo 346 do Código Civil). O sub-rogado adquire os direitos do credor primitivo. A judicial advém da sentença judicial. Exemplo: sentença condenatória que supre declaração de cessão por parte de quem era obrigado a fazê-la.

- *"Pro soluto" e "pro solvendo":* cessão *pro soluto* é aquela em que há quitação plena do débito do cedente para com o cessionário, operando-se a transferência do crédito, que inclui a exoneração do cedente. O cedente transfere o seu crédito com a intenção de extinguir imediatamente uma obrigação preexistente, liberando-se dela, independentemente do resgate da obrigação cedida. O cessionário corre o risco de insolvência do devedor (cedido), desde que o crédito exista e pertença ao cedente, considerando-se extinta a dívida antiga desde o instante da cessão. A cessão *pro solvendo* é a transferência de um direito de crédito, feita com o intuito de extinguir uma obrigação, o que não acontecerá de imediato, mas apenas na medida em que o crédito cedido for definitivamente cobrado.

8.3. Requisitos

De acordo com o artigo 104 do Código Civil, temos como requisitos a capacidade das partes, o objeto lícito e a forma legal.

- *Capacidade das partes:* a cessão exige tanto a capacidade genérica como a capacidade especial do cedente e do cessionário. O cedente precisa ter poder de disposição. Se o cedente for incapaz, necessita de prévia autorização judicial (artigo 1.691 do Código Civil). A cessão

por procuração exige instrumentos especiais. Tratando-se de cessão de direito real é necessária a anuência expressa do outro cônjuge. O cessionário também deverá ter o poder de tomar o lugar do cedente, pois estará adquirindo direito creditício. Exemplo: o tutor não poderá, de nenhuma forma, constituir-se cessionário de crédito do pupilo (artigo 1.749 do Código Civil).

- *Objeto da cessão*: qualquer crédito pode ser cedido (artigo 286 do Código Civil). São incedíveis:

  - direitos personalíssimos. Exemplo: créditos alimentícios, salários;

  - direitos legalmente incedíveis. Exemplo: herança de pessoa viva (artigo 426 do Código Civil), os pactos adjetos à compra e venda, como, por exemplo, pacto de melhor comprador (artigo 1.158 do Código Civil de 1916);

  - direitos convencionados com o devedor.

- *Forma da cessão:* o sistema legal não exige forma específica para a cessão de crédito. A cessão é um negócio não solene, podendo ser aperfeiçoado com a simples declaração de vontade do cedente e do cessionário. Para surtir efeitos em relação a terceiros, de acordo com o artigo 288 do Código Civil, a mesma deve ser celebrada por instrumento público ou particular. Se efetuada por instrumento particular, deverá ser subscrita por duas testemunhas e transcrita no registro competente (arts. 127 e seguintes da Lei de Registros Públicos).

8.4. Efeitos Jurídicos

- *Entre as partes contratantes (cedente e cessionário):* o cedente assume uma obrigação de garantia, responsabilizando-se perante o cessionário pela existência do débito ao tempo da cessão. O cedente responde:

  - caso o crédito não exista no momento da cessão, o negócio será nulo por falta de objeto;
  - quando o cedente não for o titular do crédito;
  - quando houver vício no crédito;
  - quando o crédito for incessível.

São obrigações do cedente:

- prestar as informações solicitadas pelo cessionário;
- entregar os documentos para que o cessionário possa realizar o crédito.

O principal efeito da cessão é transmitir para o cessionário a titularidade da relação jurídica. Com o óbito do cedente, o cessionário poderá prosseguir na causa, juntando aos autos seu respectivo título e provando sua identidade (artigo 404 do Código Civil). O cessionário terá direito de promover a execução ou nela prosseguir (artigo 567, inciso II, do Código de Processo Civil).

- *Em relação ao devedor:*

- antes da notificação: o devedor poderá pagar válida e legitimamente ao credor originário como se não tivesse havido cessão. Aliás, até a notificação, o cessionário só pode acionar o cedente (artigo 292 do Código Civil);

- após a notificação: a cessão passa a vincular o devedor ao cessionário, de tal forma que deverá pagar o débito a ele. Se, por ventura, mais de uma cessão for notificada, pagará ao cessionário que lhe apresentar o título da cessão da obrigação cedida (artigo 292 do Código Civil). Caso nenhum cessionário apresente o título da dívida, o devedor deverá consignar em juízo para obter a exoneração. O devedor poderá opor as exceções tanto ao cessionário quanto ao cedente. Se a obrigação for passível de anulação por vício, o devedor poderá argüir tal exceção contra o cedente e contra o cessionário.

DIREITO CIVIL

Contratos

Prof. Vitor Frederico Kümpel

1. INTRODUÇÃO

Fato jurídico é todo acontecimento que tenha relevância para o Direito. Esses acontecimentos podem ser provenientes da Natureza (fatos naturais) ou da ação humana (atos jurídicos).

A diferença entre fato jurídico e ato jurídico é que o primeiro é gênero do qual o último é espécie.

Os atos jurídicos podem ser classificados em:

- ilícitos;
- lícitos.

Os atos jurídicos lícitos, por sua vez, dividem-se em:

- meramente lícitos, ou atos jurídicos em sentido estrito;
- negócios jurídicos.

Ambos contêm declaração de vontade; a diferença encontra-se nos seus efeitos. No ato jurídico em sentido estrito, os efeitos são previstos pela lei; no negócio jurídico, pelas partes.

Os negócios jurídicos podem ser:

- *unilaterais*: só há uma declaração de vontade (exemplos: testamentos, promessa de recompensa, reconhecimento de paternidade de menores de 18 anos, emissão de cheques etc.);
- *bilaterais*: há um acordo de vontades.

1.1. Conceito de Contrato

Contrato é um negócio jurídico bilateral, um acordo de vontades, com a finalidade de produzir efeitos no âmbito do Direito.

1.2. Requisitos de Validade do Contrato

São os seguintes os requisitos de validade do contrato:

- agente capaz;
- objeto lícito, possível e determinado, ou pelo menos determinável, como, por exemplo, a compra de uma safra futura;
- forma prescrita ou não defesa em lei.

O contrato ilícito é gênero, do qual o contrato juridicamente impossível é espécie. O contrato juridicamente impossível só ofende a lei. Já os contratos ilícitos ofendem a lei, a moral e os bons costumes.

O contrato de prostituição é um contrato juridicamente possível, mas ilícito.

Forma prescrita é a forma que a lei impõe, sendo de observação necessária se exigida.

1.2.1. Requisito especial dos contratos

É o consentimento, podendo ser expresso ou tácito.

O consentimento tácito ocorre quando se pratica ato incompatível com o desejo de recusa.

Há contratos em que a lei exige o consentimento expresso, não valendo o silêncio como aceitação. Aqui não se aplica o brocado: *quem cala consente*. Nada obsta que a lei determine, em casos excepcionais, que o silêncio valha como aceitação tácita.

1.3. Princípios do Direito Contratual

1.3.1. Princípio da autonomia da vontade e princípio da supremacia da ordem pública

Esses dois princípios devem ser vistos harmonicamente.

Autonomia da vontade é a liberdade de contratar. Os contratantes podem acordar o que quiserem, respeitando os requisitos de validade do contrato.

Quando o Estado intervém nas relações contratuais, mitiga o princípio da autonomia da vontade e faz prevalecer o princípio da supremacia da ordem pública. Exemplos: Consolidação das Leis do Trabalho, Lei de Locações, Código de Defesa do Consumidor etc.

1.3.2. Princípio do consensualismo

O contrato considera-se celebrado com o acordo de vontades. A compra e venda de bem móvel, por exemplo, é um acordo de vontades, sendo a tradição apenas o meio de transferência da propriedade.

Há alguns contratos, no entanto, que exigem, para se aperfeiçoarem, além do acordo de vontades, a tradição. São chamados contratos reais. Exemplos: mútuo (empréstimo de coisa fungível), comodato (empréstimo de coisa infungível), depósito, doação de bens móveis de pequeno valor (também chamada doação manual).

1.3.3. Princípio da relatividade

O contrato é celebrado entre pessoas determinadas, vinculando as partes contratantes. É possível, entretanto, a alguém que não seja contratante exigir o cumprimento de um contrato. O princípio da relatividade ocorre nas estipulações em favor de terceiro (exemplo: seguro de vida, em que o beneficiário é terceira pessoa).

1.3.4. Princípio da obrigatoriedade e princípio da revisão dos contratos

Os contratos de execução prolongada no tempo continuam obrigatórios se não ocorrer nenhuma mudança - Princípio *rebus sic stantibus*.

Opõe-se ao Princípio *pacta sunt servanda* - o contrato faz lei entre as partes.

A nossa legislação acolhe em parte a regra *rebus sic stantibus*, trazida pela Teoria da Imprevisão, que tem os seguintes requisitos:

- contratos de execução prolongada;.
- fato imprevisível e geral;
- onerosidade excessiva.

A primeira atitude a ser tomada deve ser a revisão do contrato com a tentativa de se restaurar as condições anteriores. Não sendo possível, rescinde-se o contrato.

1.3.5. Princípio da boa-fé

Até prova em contrário (presunção *iuris tantum*), presume-se que todo contratante está de boa-fé.

1.4. Fases da Formação do Contrato

Os contratos começam com as negociações preliminares. Quanto maior o valor dos bens, maiores serão as negociações preliminares.

Essas negociações não obrigam e não vinculam os contratantes, pois ainda não passam de especulação de valores e condições.

É possível que, após essa fase, surja, de um dos contratantes, uma proposta, a qual vinculará o proponente. Essa proposta também é chamada policitação ou oblação. Quem faz a proposta deve sustentá-la.

O Código Civil faz distinção entre proposta feita a pessoa presente e proposta feita a pessoa ausente.

Se a proposta é feita a uma pessoa presente e contém prazo de validade, esse deve ser obedecido; se não contém prazo, a proposta deve ser aceita de imediato. É o famoso *"pegar ou largar"*.

Se a proposta é feita à pessoa ausente, por carta ou mensagem, com prazo para resposta, esta deverá ser expedida no prazo estipulado. Se a proposta não fixar prazo para resposta, o Código Civil dispõe que deve ser mantida por tempo razoável (que varia de acordo com o caso concreto). Núncio é o nome que se dá ao mensageiro.

A proposta feita por telefone é considerada "entre presentes". A proposta feita pela Internet é considerada "entre ausentes".

A proposta ainda não é o contrato: este só estará aperfeiçoado quando houver a aceitação.

A aceitação da proposta "entre ausentes" pode ser feita por carta ou telegrama, aperfeiçoando-se o contrato quando da expedição daqueles.

Existem outras teorias a respeito da aceitação da policitação entre ausentes, teorias da Declaração, da Recepção e da Cognição, porém não foram adotadas pelo nosso sistema.

É possível arrepender-se da aceitação feita por carta, bastando para isso que a retratação chegue ao conhecimento da outra parte antes ou concomitante à aceitação (artigo 433 do Código Civil).

O Decreto-lei n. 58/37 dispõe que os contratos de compromisso de compra e venda de imóveis loteados são irretratáveis e irrevogáveis, salvo previsão em contrário.

Segundo a Súmula n. 166 do Supremo Tribunal Federal, é inadmissível o arrependimento no compromisso de compra e venda sujeito ao regime do Dec.-lei n. 58 de 10.12.1937. O compromisso de compra e venda de imóvel loteado é sempre irretratável e irrevogável.

O compromisso de compra e venda de imóvel não-loteado é irretratável e irrevogável, salvo previsão em contrário. Há, portanto, a possibilidade de o contrato ter cláusula de retratação.

Se o vendedor se recusa a passar a escritura, o comprador pode requerer a sua adjudicação compulsória.

1.5. Peculiaridades dos Contratos Bilaterais

Os contratos bilaterais são aqueles que geram obrigações recíprocas para os contratantes.

1.5.1. Contratos bilaterais com prestações simultâneas

Nesses contratos, nenhum dos contratantes pode exigir judicialmente a prestação do outro enquanto não tiver cumprido a sua (artigo 476 do Código Civil). A parte contrária defende-se alegando a exceção do contrato não cumprido – *exceptio non adimpleti contractus*.

Deve ser argüida na contestação. É uma exceção e não uma objeção, pois o juiz não pode conhecê-la de ofício.

Há quem diga que a exceção do contrato não cumprido configura falta de interesse de agir, devendo o processo ser extinto sem exame do mérito. Há vozes no sentido de existir, na hipótese, julgamento de mérito. Em ambos os

casos é permitida a repropositura da ação, desde que a parte cumpra primeiro sua obrigação.

É possível argüi-la tanto se o autor não cumpriu sua parte no contrato como se a cumpriu incorretamente.

Se o contrato não for cumprido corretamente, a defesa se chama *exceptio non rite adimpleti contractus*. Também gera a extinção da ação.

1.6. Arras

Arras é o sinal depositado por um dos contratantes no momento em que o contrato é celebrado.

Tem natureza de contrato real, só se aperfeiçoa com a efetiva entrega do valor ao outro contratante.

As arras não se confundem com a cláusula penal, que tem natureza de multa.

Há dois tipos de arras: penitenciais e confirmatórias. O ponto em comum que existe entre as arras penitenciais e as arras confirmatórias é a simultaneidade à celebração do contrato, devendo haver a efetiva entrega da quantia.

As arras penitenciais aparecem se no contrato constar cláusula de arrependimento. Caso contrário, as arras serão sempre confirmatórias.

a) Arras penitenciais

Previstas no artigo 420 do Código Civil, atuam como pena convencional quando as partes estipularem o direito de arrependimento, prefixando as perdas e danos.

Se quem desistir do contrato for quem deu as arras, perdê-las-á; se quem desistir for aquele que as recebeu, deverá devolvê-las em dobro.

Não gera direito de exigir perdas e danos, pois estas funcionam como prefixação daquelas. Não há possibilidade de desistir das arras para pedir perdas e danos.

b) Arras confirmatórias

De acordo com o artigo 417 do Código Civil, as arras confirmatórias têm a função de confirmar o contrato e torná-lo obrigatório.Não se confundem com prefixação de perdas e danos. Se houver rescisão do contrato, aquele que deu causa responderá por perdas e danos, nos termos do artigo 396 do Código Civil.

Se quem inadimpliu o contrato foi quem recebeu as arras, cabe ao outro contratante pedir rescisão do contrato mais perdas e danos e a devolução das arras. Se o inadimplemento for de quem deu as arras, o valor das perdas e danos será abatido desse montante.

1.7. Classificação dos Contratos

1.7.1. Unilateral e bilateral

O critério diferencial é o número de obrigações. Os contratos unilaterais geram obrigação apenas para um dos contratantes. Os contratos bilaterais geram obrigações recíprocas, são chamados contratos sinalagmáticos.

1.7.2. Gratuito e oneroso

Diferenciam-se no que diz respeito à vantagem patrimonial. Os contratos gratuitos trazem vantagens econômicas e patrimoniais somente para um dos contratantes (exemplo: doação pura); os onerosos, para ambos (exemplos: compra e venda; seguro de vida etc.).

Via de regra, o contrato bilateral é oneroso, e o unilateral, gratuito.

No Brasil só existe um contrato unilateral e gratuito: é o contrato de mútuo feneratício (empréstimo de dinheiro a juros).

É contrato unilateral porque se aperfeiçoa com a entrega do numerário ao mutuário, não bastando o acordo de vontades. Feita a entrega, o mutuante exime-se de sua obrigação, restando apenas deveres ao mutuário.

Os contratos onerosos subdividem-se em:

- *comutativos*: aqueles de prestações certas e determinadas; no momento da celebração, as partes já conhecem suas vantagens e desvantagens;
- *aleatórios*: aqueles que, no momento da celebração, as partes não conhecem as suas vantagens e desvantagens. Há sempre um

elemento de risco neles. Exemplo: compra e venda da safra de arroz do ano seguinte.

1.7.3. Paritários e de adesão

No contrato paritário as partes têm possibilidade de discutir, estabelecer cláusulas, modificá-las.

O contrato de adesão é o contrato redigido inteiramente por uma das partes; a outra apenas adere a ele. O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) regulamenta e conceitua essa espécie de contrato no seu artigo 54.

A interpretação dos contratos de adesão, quando de cláusulas obscuras, deve ser em favor do aderente. Exemplos: contrato de cláusulas abusivas (artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor):

- eleição de foro, só vale se não trouxer prejuízo ao aderente;
- cláusula que impõe a perda das parcelas pagas;
- cláusula de plano de saúde que restringe cobertura de doenças epidêmicas e AIDS.

MÓDULO X

DIREITO CIVIL

DIREITO CIVIL

Prof. Vitor Frederico Kümpel

1. EFEITOS DOS CONTRATOS

1.1. Vícios Redibitórios (artigos 441 a 446 do Código Civil)

Vícios redibitórios são os defeitos ocultos que existem em um determinado bem, tornando-o impróprio ao uso a que se destina, ou diminuindo-lhe o valor.

A coisa já é adquirida com um defeito oculto. Se o defeito é aparente, presume-se que o comprador o conheça.

No presente texto serão estudados os vícios previstos no Código Civil.

1.1.1. Diferença entre vício redibitório e erro

- Erro é a falta de percepção da realidade. No erro a pessoa adquire uma coisa que não é a que desejava. Vale o brocardo popular: a pessoa compra “gato por lebre”.
- No vício redibitório a pessoa compra exatamente o que queria, porém a coisa vem com defeito oculto.
- No erro, a coisa não tem nenhum defeito; apenas não corresponde ao desejo íntimo da pessoa. É subjetivo.

- No vício redibitório o erro recai na coisa. Daí dizer-se que é objetivo.

1.1.2. Fundamento jurídico

Ensina o Prof. Carlos Roberto Gonçalves que "o fundamento da responsabilidade pelos vícios redibitórios encontra-se no princípio de garantia, segundo o qual todo alienante deve assegurar ao adquirente, a título oneroso, o uso da coisa por ele adquirida e para os fins a que é destinada. A *ignorância dos vícios* pelo alienante não o exime da responsabilidade, salvo se esta foi expressamente excluída, de comum acordo (CC, art. 443)".

1.1.3. Requisitos do vício redibitório

a) Só existe em contrato comutativo

É subespécie de contrato oneroso. É aquele contrato em que, no momento da celebração, os contratantes já sabem quais são suas vantagens e desvantagens.

b) O vício tem de ser oculto

Vício oculto é aquele que não é percebido quando um homem normal examina a coisa.

c) A existência do vício deve ser anterior ao contrato

d) O vício deve tornar a coisa imprópria ao uso a que se destina, ou lhe reduzir o valor

1.1.4. Ações edilícias

Havendo vício redibitório cabem ações edilícias.Essas ações podem ser:

- *Ação redibitória*: objetiva rescindir o contrato;
- *Ação* quanti minoris *ou estimatória*: o comprador fica com a coisa, mas com o valor reduzido, ou seja, com abatimento no preço. A opção cabe ao adquirente.

Pode-se mover a ação edilícia esteja o vendedor de má-fé ou boa-fé. Se o vendedor agiu de má-fé, pode-se pedir a restituição do que o mesmo recebeu, ou a redução do valor, cumulada com pedido de perdas e danos. Se estava de boa-fé, cabe ao adquirente pedir somente a rescisão do contrato ou o abatimento no preço.

1.1.5. Observações

Quando ocorre erro, a ação cabível é a ação anulatória, que tem prazo prescricional de quatro anos, contados da efetivação do negócio.

Não pode reclamar por vício redibitório quem adquirir a coisa em hasta pública, pois se trata de uma venda forçada, sendo injusto permitir essa ação contra o expropriado do bem.

O Código Civil, sensível à necessidade de alterar prazos, estabeleceu no artigo 445 que o direito de obter a redibição ou abatimento no preço decai no prazo de 30 dias se a coisa for móvel ou de um (1) de for imóvel. O prazo é contado da entrega efetiva, e da alienação reduzido à metade se quando o negócio jurídico o comprador já estava na posse do bem. Para o vício oculto o prazo só conta do momento em que ele se exterioriza, estabelecendo-se um prazo máximo de 180 dias para exteriorizar nos bens móveis, e em um ano se foram imóveis.

1.2. Evicção (artigos 447 a 457 do Código Civil)

Segundo o Prof. Carlos Roberto Gonçalves: "*Evicção* é a perda da coisa em virtude de sentença judicial, que a atribui a outrem por causa jurídica preexistente ao contrato". Exemplo: quando o agente compra um carro furtado e a Polícia o apreende o adquirente ficará sem o carro e sem o dinheiro. "O art. 447 do Código Civil prescreve que, nos últimos contratos onerosos, o alienante será obrigado a resguardar o adquirente dos riscos da perda da coisa para terceiro, por força de decisão judicial em que fique reconhecido que aquele não era o legítimo titular do direito que convencionou transmitir".

1.2.1. Requisitos da evicção

a) Somente existe em contrato oneroso

Se ocorre em contrato gratuito, o adquirente não está sofrendo prejuízo.

b) Perda da propriedade, posse ou uso do bem

c) A causa da evicção deve ser anterior ao contrato

De acordo com o Prof. Carlos Roberto Gonçalves: “O alienante só responde pela perda decorrente de causa já existente ao tempo da alienação”.

Exemplo: *A* é dono de um terreno. *A* celebra um contrato de compra e venda com *B*. Ocorre que *C* habitava o terreno. *C* move ação de usucapião contra *B*. *B* tem ação de evicção contra *A*? Depende, se os requisitos do usucapião tiverem sido preenchidos antes da venda, *B* terá ação contra evicção sofrida por causa de *A*. Se os requisitos não estavam preenchidos na época da venda, *B* não tem direitos e deverá arcar com os prejuízos.

d) Sentença que atribua o bem a terceira pessoa

A apreensão administrativa também gera a evicção. Deve ser ato de autoridade judiciária ou administrativa.

e) Denunciação da lide (artigo 70, inciso I, do Código de Processo Civil)

Para grande parte da doutrina é a única hipótese em que a denunciação da lide é obrigatória.

Exemplo: *C* vende a *B* um imóvel, mas *A* acha que o imóvel é seu. Se *A* move uma ação reivindicatória contra *B* e essa é julgada procedente, *B* sofrerá evicção. Para *B* resguardar-se da evicção, deve promover a denunciação da lide de *C*. O denunciante é o comprador que corre risco de sofrer a evicção. O denunciado é o vendedor. Se *B* não denuncia, perderá o direito ao ressarcimento dos prejuízos sofridos com a evicção.

Tratando-se de ação de procedimento sumário, não cabe nenhuma modalidade de intervenção de terceiros, salvo a assistência; portanto, não cabe a denunciação da lide. Os prejuízos da evicção serão requeridos por meio de ação autônoma.

A denunciação da lide é decorrente da evicção; portanto, deve ser obrigatória quando for possível; não o sendo, os prejuízos da evicção são requeridos por meio de ação autônoma.

A pessoa que sofre a evicção tem direito de cobrar do vendedor os seguintes valores:

- restituição integral do preço pago;
- se o vendedor vendeu o bem de má-fé, o comprador pode requerer perdas e danos;
- custas e honorários; a pessoa que deu causa à evicção poderá ser condenada nos honorários da denunciação da lide e a ressarcir o comprador dos honorários advocatícios que despendeu com a ação principal; o comprador não sofrerá nenhum prejuízo.

1.2.2. Evicção parcial (artigo 455 do Código Civil)

É sofrer a evicção de uma parte do bem que foi objeto do contrato.

Havendo evicção parcial, se essa for de parte considerável do objeto, o evicto pode optar entre requerer a rescisão do contrato e o dinheiro de volta, ou ficar com o que sobrou do objeto e pedir abatimento no preço, o qual será proporcional à perda.

Se a evicção parcial for de pequena área, não considerável, o evicto só poderá pedir abatimento no preço.

2. EXTINÇÃO DOS CONTRATOS (artigos 472 a 480 do Código Civil)

A classificação e delimitação das formas de extinção dos contratos é controvertida. Seguindo a orientação mais completa e didática trazida pelos Professores Carlos Roberto Gonçalves, Maria Helena Diniz e Orlando Gomes, tem-se o seguinte gráfico:

- *FORMA NORMAL DE EXTINÇÃO*
  - – execução
    - instantânea
    - diferida
    - continuada
- *FORMA ANORMAL DE EXTINÇÃO*
  - – Anteriores ou contemporâneas ao contrato
    - – nulidade
      - absoluta
      - relativa
    - – condição resolutiva
      - expressa
      - tácita
    - – direito de arrependimento
  - – Supervenientes à formação do contrato
    - – Resolução
      - – inadimplemento voluntário
      - inadimplemento involuntário
      - – onerosidade excessiva
    - – Resilição
      - – bilateral
      - – unilateral
    - – Morte de um dos contratantes
    - – Rescisão

2.1. Forma Normal de Extinção dos Contratos

O contrato extingue-se, em regra, com o cumprimento do seu objeto. A execução pode ser instantânea (pagamento à vista, entrega imediata de um bem

etc.), diferida (entrega do bem no mês seguinte), ou continuada (pagamento em prestações).

O cumprimento do contrato é provado pela quitação, feita pelo credor de acordo com o artigo 320 do Código Civil.

2.2. Forma Anormal de Extinção dos Contratos

Ocorre com a inexecução do contrato por fatores anteriores, concomitantes ou supervenientes a ele.

2.2.1. Causas anteriores ou contemporâneas ao contrato

a) Nulidade

O não-preenchimento dos requisitos necessários à perfeição do contrato gera sua nulidade. As condições a serem observadas para validade do acordo são: capacidade das partes e livre consentimento (subjetivos); objeto lícito e possível (objetivos); forma prescrita em lei (formal).

A nulidade decorrente da não-observação dessas exigências pode ser absoluta – quando ferir norma de ordem pública, ou relativa – quando o vício contido for passível de convalidação.

b) Condição resolutiva

Deve ser verificada judicialmente e pode ser *tácita* – os artigos 475 a 477, do Código Civil, permitem à parte lesada pelo inadimplemento requerer a rescisão do contrato com perdas e danos, ou *expressa* – quando convencionadas pelas partes as conseqüências da inexecução do contrato.

Todo contrato bilateral possui, implicitamente, cláusula resolutiva tácita.

c) Direito de arrependimento

As partes podem ajustar, expressamente, o direito de arrependimento, que possibilita a extinção do contrato sem que seja cumprido. Os efeitos do arrependimento estão previstos no artigo 420 do Código Civil.

2.2.2. Causas supervenientes ao contrato

a) Resolução

- Por inadimplemento voluntário: sucede da culpa de uma das partes, que não cumpre o avençado, causando prejuízo ao outro contratante. As conseqüências estão previstas nos artigos 476 e 477, do Código Civil, sujeitando ainda o inadimplente à cláusula penal (arts. 409 e seguintes do Código Civil).

- Por inadimplemento involuntário: origina-se no caso fortuito ou força maior, de acordo com o artigo 393 do Código Civil; o devedor não responde pelos prejuízos ocasionados, salvo na hipótese do artigo 399 do Código Civil – se estiver em mora e não conseguir demonstrar que o dano sobreviria mesmo que a obrigação fosse cumprida a seu tempo.

- Por onerosidade excessiva: deve decorrer de fato extraordinário; extingue o contrato pela aplicação da teoria da imprevisão, que impõe a regra *rebus sic stantibus*.

b) Resilição (artigos 472 e 473 do Código Civil)

Deriva da manifestação de uma ou ambas as partes. A manifestação bilateral verifica-se no distrato, e a unilateral é vista como exceção, porque, em regra, apenas um contratante não pode romper o avençado.

c) Morte de um dos contratantes

É forma de extinção anormal dos contratos personalíssimos, que não permitem a execução pelos sucessores do *de cujus*.

d) Rescisão

Utilizado como sinônimo de resolução e resilição, trata-se de modo específico de extinção de certos contratos celebrados em estado de perigo (quando uma parte tem a intenção de prejudicar a outra com o contrato), ou decorrentes de lesão (quando uma parte aproveita-se da inexperiência ou necessidade da outra para auferir vantagem).

DIREITO CIVIL

Contratos

Prof. Vitor Frederico Kümpel

1. CONTRATO DE COMPRA E VENDA

1.1. Conceito

Contrato de compra e venda é o contrato pelo qual o vendedor se obriga a entregar um bem corpóreo ou incorpóreo, e o comprador compromete-se a pagar o preço em dinheiro ou valor fiduciário correspondente (título de crédito).

O contrato de compra e venda não transfere a propriedade: trata-se de um justo título, uma causa para que a propriedade se transmita. O artigo 481 do Código Civil demonstra que o acordo apenas obriga as partes reciprocamente, ocorrendo a transmissão do domínio com a tradição (para bens móveis, artigo 1.267, parágrafo único, do Código Civil), ou registro (para imóveis, artigo 1.246 do Código Civil).

1.2. Características do Contrato de Compra e Venda

- *Bilateral*: gera obrigação para ambos os contratantes;
- *Oneroso*: os contraentes auferem vantagem que corresponde a um sacrifício, existindo equilíbrio econômico;

- *Consensual*: a manifestação de vontade torna perfeito o contrato (artigo 482 do Código Civil);

- *Informal*: não exige forma predeterminada, salvo se o bem for imóvel;

- *Comutativo e aleatório*: em princípio é comutativo – pode-se antever as obrigações das partes; no entanto, será aleatório na incidência dos artigos 458 a 461 do Código Civil.

Contrato aleatório, como o próprio nome explica, é aquele que possui uma álea (risco, sorte) que torna impossível a previsão da prestação de uma ou das duas partes.

Há dois tipos de álea no contrato de compra e venda:

a) Álea de coisa futura

É aquela em que o risco recai sobre um objeto que não existe no plano real, no momento da manifestação de vontade. Existem duas hipóteses de coisa futura:

- *Artigo 458 do Código Civil* – emptio spei *(esperança de venda)*: o objeto é imaterial, existindo mera probabilidade de sua existência. No momento do cumprimento da obrigação (por exemplo, lançar a rede para pegar os peixes), o comprador obriga-se a pagar pelo lanço, ainda que nada advenha.

- *Artigo 459 do Código Civil* – emptio rei speratae *(esperança sobre a coisa vendida)*: compra-se um objeto futuro indeterminado em sua quantidade (diz a lei) e qualidade (acrescenta a doutrina). Tomando o

exemplo anterior, o comprador obriga-se a pagar pelo peixe, não pelo lanço da rede, o que traz maior segurança para o comprador.

Obsesrvação: o artigo 1.119 do Código Civil contém um erro gráfico em seu parágrafo único – não é adquirente, é *alienante*. O erro foi corrigido na atual redação do parágrafo único do artigo 459.

b) Álea de coisa exposta a risco

O objeto é certo e determinado; porém nem o comprador nem o vendedor conhecem sua qualidade no momento do cumprimento da prestação.

Dispõe o artigo 460 do Código Civil que, se o risco for assumido pelo adquirente, o alienante terá direito ao preço, ainda que a coisa não exista, no todo ou em parte, no instante do cumprimento do contrato – por exemplo, envio de mercadoria por meio de transporte de segurança duvidosa.

1.3. Elementos do Contrato de Compra e Venda

1.3.1. Objeto

a) Existência

A existência deve ser real ou potencial.

b) Comerciabilidade

O objeto deve estar no comércio. Estará fora do comércio se a lei, a ordem natural ou a vontade das partes (cláusula de inalienabilidade – artigo

1.911 do Código Civil) assim estipular. Não se pode colocar cláusula de inalienabilidade em negócio oneroso; somente em doação ou testamento.

c) Exeqüibilidade

O objeto deve ser possível de ser levado à hasta pública e possuir liquidez; para isso deve-se conhecer o gênero e a quantidade.

d) Transferibilidade

Poder que o vendedor tem sobre a coisa para transmiti-la ao comprador. Exceção: transferibilidade retroativa – ocorre quando o alienante transfere a propriedade de um bem que adquirirá posteriormente. Exemplo: *A* empresta uma caneta para *B*, que a vende para *C* (alienação de coisa alheia, não permitida pelo nosso Direito); acontece que, em ato seguinte, *A* vende a caneta a *B* – deu-se, então, a superveniência do domínio que torna perfeita a alienação de *B* para *C*.

1.3.2. Preço

a) Pecuniariedade

O bem deve permitir sua conversão imediata em dinheiro.

b) Seriedade

Seriedade é a equivalência do preço com o objeto.

c) Certeza

É a determinação do preço no momento da manifestação de vontade das partes. Exceções:

- quando houver fator de indexação (preço estabelecido em bolsa ou mercado de balcão);
- quando as partes nomearem árbitro, mandatário, para fixar o preço. Esse mandato é irrevogável.

1.3.3. Consentimento

O consentimento é uma limitação subjetiva ao poder de contratar e requer capacidade das partes.

Um cônjuge não pode alienar bem imóvel ao outro cônjuge (fere o regime de bens). Dissolvido o casamento, não há qualquer impossibilidade. Ainda: um cônjuge somente poderá alienar um bem imóvel com expressa autorização do outro.

O ascendente, para alienar um bem a um descendente, precisa da expressa anuência dos demais descendentes, sob pena da anulabilidade da compra e venda. Para doação não há necessidade de anuência.

Ocorrendo a venda, o bem não é chamado à colação, visto ter havido pagamento em troca do bem.

- *Doação aos descendentes*: há presunção de que recai sobre a legítima;
- *Doação a terceiros*: sai da parte disponível.

1.4. Efeitos da Compra e Venda

O vendedor deverá fazer a entrega da coisa e o comprador pagar o preço.

Se houver ausência de determinação no contrato, o comprador deve pagar primeiro, seguindo-se a entrega do objeto pelo vendedor (artigo 491 do Código Civil).

No caso de perecimento do bem, quem perde é o vendedor (*res perit domino* – a coisa perece para o dono), se ainda não ocorreu a tradição da coisa móvel ou o registro do imóvel.

1.5. Compra e Venda de Imóveis

a) Ad corpus

É aquela em que o comprador adquire um bem certo e determinado, independentemente da metragem desse objeto, como, por exemplo, compra do imóvel *X*, seja qual for sua medida.

b) Ad mensuram

A metragem é fator essencial do negócio; o preço é avaliado com base na extensão do imóvel.

O nosso sistema autorizou as duas hipóteses: quando houver dúvida, o juiz deve considerar a venda como um todo, *ad corpus*, sendo a referência dimensional apenas enunciativa, conforme dispõe o § 1.º do artigo 500, do Código Civil.

O Código de Defesa do Consumidor proíbe a compra e venda *ad corpus*, pois a publicidade e as informações as sempre essenciais.

O Código Civil, no artigo 501, estabeleceu que o prazo para propor ação redibitória ou ação "quanti minoris" ou mesmo a "actio ex empto" (complemento da área) é de um (1) ano decaindo a contar do registro do título. Lembre que o prazo anterior era de 20 (vinte) anos.

1.6. Cláusulas Especiais da Compra e Venda

Cláusulas especiais da compra e venda são preceitos que implicam uma variabilidade no contrato de compra e venda, dando poder de disposição às partes contratantes. As cláusulas podem ser adjetas ou adjetivas.

1.6.1. Retrovenda

Cláusula acessória, acidental ou adjeta é a que vem unida ou jungida à principal, estando subordinada a ela. A retrovenda ou *pactum de retrovendum* é a cláusula adjeta à compra e venda, pela qual o vendedor se reserva o direito de reaver, em certo prazo, o imóvel alienado, restituindo ao comprador o preço, mais as despesas por ele realizadas, inclusive as empregadas em melhoramentos do imóvel (artigos 505 e seguintes. do Código Civil).

Exemplo: Fulano, em dificuldade financeira transitória para arranjar capital, vende seu imóvel a Sicrano, sob a condição de recobrá-lo no prazo pactuado ou legal, mediante restituição do preço e demais despesas feita pelo comprador.

O pacto de retrovenda só é admissível se o objeto for bem imóvel e torna a propriedade resolúvel, já que tem o condão de restituir as partes ao *status quo ante*. O imóvel vendido retorna ao patrimônio do alienante que restituir ao adquirente o preço e todas as demais despesas, inclusive as de escritura, impostos de transmissão de bens imóveis, emolumentos de registro e melhoramentos.

O vendedor conserva ação contra terceiros adquirentes do imóvel em que se estipulou a retrovenda, ainda que esses desconheçam a cláusula de retrato (artigo 507 do Código Civil); isso ocorre porque o comprador tem propriedade resolúvel do imóvel (artigo 1.359 do Código Civil). É o próprio exercício do direito de seqüela do vendedor que, pelo princípio da aderência, buscará o bem onde quer que se encontre. Resolve-se a propriedade mesmo que o pacto de retrovenda não tenha sido averbado no Registro Imobiliário.

Dispõe o artigo 505 do Código Civil que o prazo para o retrato não pode exceder três anos, reputando-se não-escrito o excesso convencionado pelas partes e presumindo-se estipulado o máximo do tempo se os contratantes silenciarem.

1.6.2. Venda a contento e sujeita a prova

A venda a contento é a cláusula que subordina o contrato à condição de ficar desfeito o negócio se o bem não agradar o comprador. É a venda que se realiza sob a condição de só se tornar perfeita e obrigatória se o comprador declarar que a coisa adquirida lhe satisfaz. O comprador precisa aceitar o bem alienado.

Qualquer que seja o objeto, é possível estabelecer a cláusula que terá mais eficácia nos contratos de gêneros que se costuma provar, medir, pesar, ou experimentar antes de aceitos (artigo 509 do Código Civil). Exemplo: venda de roupas sob medida.

Nesses contratos estabelece-se uma condição suspensiva, não se aperfeiçoando a avença até que o adquirente se sinta satisfeito. É possível, porém, o estabelecimento de cláusula resolutiva, dissolvendo-se o contrato ante o desagrado do comprador. Se estabelecida a condição suspensiva, o comprador assume a condição de comodatário (artigo 511 do Código Civil), com o dever de restituir a coisa que lhe foi emprestada, respondendo por perdas e danos em caso de culpa ou mora. O comprador não se responsabiliza pelo caso fortuito.

1.6.3. Preempção

A preempção ou preferência, de acordo com Caio Mário, é o pacto adjeto à compra e venda em que o comprador de coisa móvel ou imóvel fica com a obrigação de oferecê-la a quem lha vendeu, para que esse use de seus direitos de prelação em igualdade de condições, no caso de pretender vendê-la ou dá-la em pagamento (artigo 513 do Código Civil). Tal cláusula dá ao vendedor a condição de readquirir o bem que já foi seu, caso o comprador resolva aliená-lo.

O prazo decadencial varia conforme a natureza do objeto: tratando-se de bem móvel, decai em três dias; se bem imóvel, em sessenta dias, contados da oferta, isto é, da data em que o comprador notifica o vendedor (artigo 516 do Código Civil). Ressalte-se que o prazo anterior para o bem imóvel era de 30

dias segundo o velho artigo 1.153. Após esse prazo, o comprador poderá vender a terceiros.

P.: É possível a prelação parcial?

R.: Segundo Caio Mário, não é possível. Porém, se a pessoa adquiriu cotas ideais de diversos condôminos, a preferência poderá ser exercida pró-parte.

Se o comprador não notificar o vendedor da alienação, responderá por perdas e danos (artigo 518 do Código Civil). O atual dispositivo legal acresceu que o adquirente responde solidariamente quando procede de má-fé. Tal disposição não existia no Código Civil de 1916. Não é possível ao ex-proprietário reaver o bem e somente será indenizado pelas perdas e danos. O mesmo ocorre na desapropriação, caso o poder expropriante pretender vender o imóvel expropriado e deixar de oferecê-lo ao ex-proprietário pelo mesmo preço. O expropriado tem cinco anos para mover ação de retrocessão, pleiteando perdas e danos – que consistem no valor do bem no instante que deveria ter sido oferecido ao expropriado, caso o expropriante respeitasse a preferência.

1.6.4. Pacto de melhor comprador

O instituto foi revogado pelo atual Código Civil, porém era previsto no sistema anterior e deve ser mantido apenas para um conhecimento histórico – evolutivo.

O pacto de melhor comprador ou *pactum addictiones in diem* era a estipulação em que se dispunha que a venda de imóvel ficaria desfeita caso se apresente, dentro do prazo não superior a um ano, outro comprador oferecendo preço mais vantajoso.

O prazo de um ano era decadencial, não se prorrogando nem se suspendendo.

1.6.5. Pacto comissório

O instituto acima era previsto pelo Código Civil de 1916, não tendo sido acolhido pelo atual sistema legal, pelo simples fato do instituto da compra e venda com reserva de domínio ser muito mais moderno e abarcar todas as situações prestigiadas pelo pacto comissório. A manutenção do instituto também tem apenas um cunho histórico – evolutivo. A venda com reserva de domínio, muito embora prevista pelos artigos 521 a 528 do Código Civil, não deve ser estudada no Direito Civil, pois já que se trata de instituto processual devendo ser analisado quando da análise modular do Código de Processo Civil.

O pacto comissório, *pactum de comissium*, era a cláusula inserida no contrato pela qual os contraentes anuíam que a venda se desfizesse, caso o comprador deixasse de cumprir suas obrigações no prazo estipulado.

A venda remanescia sob condição resolutiva; se no prazo estipulado o comprador não pagasse o preço, poderia o vendedor desfazer o negócio ou pedir o preço.

O vendedor podia optar, no caso de inadimplemento, em pedir o preço ou desfazer a venda, sendo que, passados dez dias do vencimento do prazo e

não existindo reclamação do preço pelo vendedor, estaria desfeito o negócio. Desnecessária era a interpelação para a constituição em mora.

Prescindia de pronunciamento judicial resolutório do contrato, porque esse produzia seus efeitos automaticamente. Desfeita a venda, a coisa voltava a integrar o patrimônio do vendedor, que repunha ao comprador as quantias que dele recebeu. Nada impedia que o direito do vendedor fosse exercido pelos seus sucessores e contra os sucessores do comprador.

1.6.6. Da venda sobre documento

É uma nova cláusula especial estabelecida nos artigos 529 a 532 do Código Civil. É uma modalidade de compra e venda na qual a tradição da coisa é ficta, isto é, é substituída pela entrega de um título que representa o objeto do contrato de compra e venda.

O comprado ao receber o documento, que corresponde ao objeto não pode se recusar em pagar o preço. O pagamento deve ser feito na data e no local da entrega do documento, já que a entrega do documento é a entrega do próprio objeto.

2. CONTRATO DE TROCA OU PERMUTA

2.1. Conceito

Segundo Clóvis Bevilácqua, contrato de troca ou permuta é o contrato pelo qual as partes se obrigam dar uma coisa por outra que não seja dinheiro.

2.2. Características

É um contrato bilateral, oneroso, comutativo, consensual e informal (salvo se um dos bens for imóvel, quando será realizado por escritura pública).

A propriedade não se transfere com o contrato, mas sim com a tradição (bem móvel) ou registro (bem imóvel).

2.3. Objeto

São dois os bens objeto da permuta. Não haverá escambo se a obrigação de uma das partes for a prestação de serviços. São objetos de troca todas as coisas que podem ser alienadas, não precisando haver uma correlação precisa de valores. Exemplo: um móvel por um imóvel.

2.4. Relação com a Compra e Venda

A troca tem a mesma natureza da compra e venda, dela diferenciando-se em primeiro lugar porque a prestação das partes é sempre em espécie. A segunda diferença é que, no contrato de troca, a parte tem direito de pedir de volta o que deu, caso não tenha recebido o outro objeto. No contrato de compra e venda isso não é possível, já que a inexecução de uma das partes gera perdas e danos. A troca encerra uma dupla venda, enquanto a compra e venda encerra uma única venda.

O artigo 533 do Código Civil dispõe que: "Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações: I – salvo disposição em contrário, cada um dos contratantes pagará por metade as despesas com o instrumento da troca; II – é anulável a troca de valores

desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante”.

O Código Civil trata nos artigos 534 a 537 do contrato estimatório, porém a matéria refoge a alçada do Direito Civil, pois o contrato em questão é mercantil e deve ser tratado no lugar próprio.

3. DOAÇÃO

3.1. Conceito

O artigo 538 do Código Civil define a doação como o contrato em que uma das partes, por liberalidade, transfere bens ou vantagens do seu patrimônio para terceiro, que os aceita.

3.2. Características

- *Contratualidade*: o nosso Código Civil considerou expressamente a doação como um contrato, exigindo para sua formação a intervenção do doador e do donatário. Dessa maneira, temos a distinção do testamento que é uma liberalidade *causa mortis*, ato unilateral.
- *“Animus donand”i*: é a vontade do doador de fazer uma liberalidade, que proporciona ao donatário vantagem à custa do patrimônio daquele. O ato do doador deve ser *espontâneo*.

- *Transferibilidade*: consiste na transferência de bens ou de direito do patrimônio do doador para o donatário. É necessário que o donatário enriqueça e o doador empobreça.

- *Aceitação do donatário*: o contrato só se aperfeiçoa quando o beneficiário manifesta sua aceitação com relação à doação. Portanto, de um lado há o *animus donandi* e do outro a aceitação do donatário, consentindo na liberalidade do doador. Trata-se de um contrato benéfico em que o donatário não precisa ter capacidade de fato para aceitar a doação, de acordo com o artigo 543 do Código Civil.

3.3. Classificação

- *Unilateral*: somente uma das partes tem ônus; a outra aufere a vantagem, não tendo contraprestação.

- *Formal*: o artigo 541 do Código Civil exige a escritura pública ou o instrumento particular para o aperfeiçoamento da doação. A doação verbal só é válida para bens móveis de pequeno valor, desde que a tradição seja imediata.

- *Gratuito*: gera para o donatário apenas enriquecimento. Caso seja imposto um encargo ao donatário, o contrato passa a ter natureza de oneroso.

P.: Pode o nascituro receber doação?

R.: O artigo 542 do Código Civil menciona que o nascituro pode receber doação, desde que aceita pelos pais. Caso nasça morto, caduca a doação, por

ser o nascituro titular de direito sob condição suspensiva. Se tiver um instante de vida, recebe o benefício e transmite aos seus sucessores.

O doador pode revogar a doação, enquanto o donatário não a aceitar expressa ou tacitamente. Após a aceitação, impossível a revogação unilateral pelo doador.

As doações feitas em contemplação de casamento futuro independem de aceitação, que se presume com o mero casamento (artigo 546 do Código Civil).

3.4. Requisitos

a) Subjetivo

É a capacidade ativa e passiva dos contraentes, limitada pelas seguintes regras:

- os absoluta ou relativamente incapazes não podem, em regra, doar, nem mesmo representados ou assistidos;
- os cônjuges não podem fazer doação com os bens e rendimentos comuns do casal, a não ser que seja remuneratória ou de pequeno valor (artigo 1.647 do Código Civil);
- a doação pelo cônjuge adúltero ao cúmplice gera anulabilidade (artigo 550 do Código Civil);
- o mandatário do doador não pode nomear donatário; a limitação se dá porque o próprio mandante é obrigado a, no instrumento, nomear o donatário, pois tal ato é privativo do doador;

- as pessoas jurídicas de direito público podem receber doação de acordo com as restrições administrativas, e as de direito privado podem receber doações impostas pela sua natureza e estatutos constitutivos;
- o falido não pode fazer doações, porque tal ato lesa os credores, além do mesmo não estar administrando seus próprios bens; a ação pauliana é o remédio para anular essas doações;
- a doação do pai ao filho representa adiantamento da legítima – artigo 544 do Código Civil. O bem deve, por conseguinte, no instante do inventário, ser colacionado, salvo dispensa do doador. Nessa hipótese, o valor deve sair da metade disponível da herança. Havendo excesso, considera-se doação ineficiosa (artigo 2007 do Código Civil). É nula qualquer cláusula que altere norma sucessória.

A capacidade passiva é a aptidão para receber doação. Não possui qualquer limitação. De acordo com o artigo 543 do Código Civil, até as pessoas que não podem contratar podem receber doações puras. Os nascituros (artigo 542 do Código Civil) e as pessoas jurídicas podem receber doações, devendo haver a intervenção dos representantes legais.

b) Objetivo

O objeto da doação precisa ser sempre coisa que esteja no comércio (bens móveis, imóveis, corpóreos, incorpóreos, presentes, futuros etc.). Restrições:

- É nula a doação de todos os bens do doador, sem reserva de parte ou renda suficiente para sua subsistência (artigo 548 do Código Civil). O Código quis evitar a penúria do doador, ainda que o donatário fique com o encargo de prover subsistência do doador enquanto este viver

(*RT* 515/87). A doação universal só vale se houver usufruto dos referidos bens para proteger a pessoa do doador, assegurando-lhe, por conseguinte, meios de subsistência (*RT* 440/76).

- A doação não pode gerar a insolvência do doador. Nessa hipótese, os credores prejudicados poderão anular a doação. A doação será válida se o donatário, com o consentimento dos credores, assumir o passivo do doador, ocorrendo uma novação subjetiva (artigo 360, inciso II, do Código Civil).

- A doação não pode ultrapassar a parte disponível da herança (artigo 549 do Código Civil). Nula será a doação se exceder a legítima, não na doação por inteiro. O herdeiro lesado pode ingressar imediatamente com ação de redução da doação. A dúvida sobre a matéria está no fato de o herdeiro poder ingressar em Juízo somente após a abertura da sucessão ou no momento da liberalidade, isso porque estar-se-ia litigando sobre a herança de pessoa viva. O excesso seria apreciado no momento da doação e não no momento da sucessão. Procedente a ação de redução, restituem-se os próprios bens, no que exceder, ou o valor deles, se não mais existirem.

- Na subvenção periódica, o doador pode doar uma renda a título gratuito ao donatário (pensão), que se extingue com a morte do doador por ter caráter personalíssimo, não se transmitindo aos herdeiros. Pode o doador, porém, estipular que remanescerá pela vida do donatário; entretanto não poderá ultrapassá-la (artigo 545 do Código Civil).

c) Formal

A doação é um contrato solene que deve observar certa formalidade, sob pena de não ser válida. Pode ser celebrada:

- *Por instrumento particular*: no caso de móveis com valores consideráveis;

- *Por escritura pública*: no caso de imóveis sujeitos a transcrição no registro imobiliário;

- *Verbalmente*: seguida de tradição, se o objeto for móvel e de pequeno valor (artigo 541, parágrafo único, do Código Civil). É a hipótese da doação de presentes em aniversários, em casamentos ou para homenagens.

3.5. Espécies de Doação

- *Pura e simples:* feita por liberalidade, sem nenhuma espécie de condição, termo, encargo, prazo ou limitação. A doação contemplativa, por mérito do donatário, é pura e simples. Exemplo: Prêmio Nobel.

- *Modal*: é aquela em que o doador impõe ao donatário uma incumbência, um encargo, que pode reverter em seu benefício, de terceiro ou geral. É uma doação onerosa. O doador pode estabelecer prazo para que o encargo se efetive.

- *Remuneratória*: aquela em que o doador deseja pagar por serviços prestados pelo donatário ou por outra vantagem que haja recebido dele. Não se vislumbra o espírito de liberalidade e sim a necessidade

moral de compensar serviços que foram prestados. Será considerada como doação se exceder o valor do serviço remunerado; portanto, será pagamento até o montante dos serviços e, a partir disso, doação (artigo 540 do Código Civil).

- *Condicional*: é a que depende de acontecimento futuro e incerto. É, por exemplo, a doação de um imóvel feita em contemplação por casamento futuro. A doação somente surte efeito com o casamento.

- *A termo*: é a hipótese de haver um evento futuro e certo final e/ou inicial. Como exemplo, a doação de um imóvel a duas pessoas, podendo uma usá-lo por dois anos e a outra, a partir daquela data.

- *De pais a filhos* (artigo 544 do Código Civil): hipótese já mencionada. Ou a doação é levada à colação, por corresponder a adiantamento de legítima, ou não, se sair da parte disponível.

- *Conjuntiva*: feita em comum a mais de uma pessoa, sendo distribuída por igual entre os diversos donatários (artigo 551 do Código Civil). Se os donatários forem marido e mulher, subsistirá na totalidade a doação para o cônjuge sobrevivo.

3.6. Revogação

A revogação é um direito subjetivo que garante a possibilidade, em face de causa superveniente, de resilição bilateral do contrato – somente pode ocorrer em virtude de lei:

- *Pelos casos comuns a todos os contratos* (artigo 555 do Código Civil);

- *Por descumprimento do encargo* (artigo 555 do Código Civil);
- *Por ingratidão do donatário,* já que esse tinha obrigação moral de ser grato ao doador. As causas da ingratidão estão previstas no artigo 557 do Código Civil, cujo rol é taxativo:

  - *Se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele*: esse ato não pode ser culposo ou em legítima defesa, devendo ser doloso e admitir a tentativa. Não é necessária sentença penal condenatória transitada em julgado.
  - *Se cometeu contra ele ofensa física:* é o caso de lesão corporal, grave, leve ou levíssima, desde que o ato seja doloso*;*
  - *Se injuriou gravemente, ou caluniou o doador*: não é necessário que sofra condenação penal, exigindo-se apenas a humilhação;
  - *Se, podendo ministrá-los, recusou ao doador alimentos de que este necessitava:* é a hipótese de deixar o doador na penúria.

MÓDULO XII
DIREITO CIVIL

DIREITO CIVIL

Prof. Vitor Frederico Kümpel

1. LOCAÇÃO

1.1. Conceito e Espécies

Segundo Clóvis Beviláqua, locação é o contrato pelo qual uma das partes (locador), mediante remuneração paga pela outra (locatário), compromete-se lhe fornecer, durante certo lapso, o uso e gozo de um bem infungível, a prestação de um serviço apreciável economicamente, ou a execução de uma obra determinada.

São três as espécies de locação:

- *Locação de coisa* (locatio conductio rerum): trata do uso e gozo do bem infungível; porque, se for fungível, teríamos um mútuo, em que o mutuário deve restituir ao mutuante outro bem da mesma espécie, quantidade e qualidade. O locador concede ao locatário tão-somente o uso de um direito, mediante a remuneração em dinheiro.
- *Locação de serviço* (locatio conductio operarum): trata-se de uma prestação de serviço economicamente apreciável, considerada em si mesma, independentemente do resultado.

- *Locação de obra* (locatio conductio operis) *ou empreitada*: é a execução de determinada obra ou determinado trabalho, visando-se um fim ou efeito.

1.2. Características Gerais

São as seguintes as características gerais da locação:

- *Cessão temporária de uso e gozo:* tanto na hipótese do objeto quanto da prestação de serviço ou da execução de obra, não há transferência da propriedade – permite-se apenas o uso e gozo por prazo certo.

- *Remuneração*: na locação de coisa, é chamada aluguel; na locação de serviço, salário; e, na empreitada, preço. Esse é proporcional ao tempo ou à obra realizada.

- *Contratualidade*: o contrato divide-se em:
  - *bilateral*: as obrigações são recíprocas;
  - *oneroso*: as partes detêm vantagens que provêm de um sacrifício;
  - *comutativo*: as partes sabem o que devem prestar, há equilíbrio na relação;
  - *consensual*: basta a aposição de vontades para formalizar o contrato;

- *de execução continuada*: "são os que se cumprem por meio de atos reiterados"[1]. O vínculo contratual perdura até o fim do prazo avençado para o término do contrato.

1.3. Locação de Coisas

1.3.1. Conceito e elementos essenciais

De acordo com o artigo 565 do Código Civil, a locação de coisas é o contrato pelo qual uma das partes (o locador) se obriga a ceder à outra (locatário), por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa infungível, mediante certa retribuição. São elementos essenciais da locação de coisas:

- *Consentimento válido*: é a manifestação recíproca de acordo entre os contraentes, com o intuito de obrigar-se, cada um, a certa prestação em relação ao outro. O contrato será inválido se apresentar vício de consentimento (erro, dolo etc.). Particularidades:
  - o usufrutuário pode alugar o bem dado em usufruto (por exemplo: o pai pode alugar o bem do filho menor);
  - o tutor ou curador pode alugar bem do tutelado ou curatelado;
  - o administrador do condomínio pode alugar o bem em condomínio;
  - o locatário pode sublocar nas hipóteses nos termos do artigo 13 da Lei n. 8.245/91, desde que haja consentimento prévio por parte do locador (Washington de Barros Monteiro);

[1] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas*: Direito das Obrigações. 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. tomo I, p. 32.

- o credor anticrético pode arrendar a coisa dada em garantia, já que é possível reter o bem para receber os rendimentos, amortizando o capital fornecido em garantia.

O condômino não poderá dar isoladamente, em locação, prédio comum, por ter apenas parte ideal. A locação de bem indivisível só é permitida se os condôminos expressamente permitirem ou houver vontade da maioria, em caso de divergência. A maioria será calculada pelo valor dos quinhões, havendo maioria absoluta quando mais de 50% fizerem opção (artigos 1.323 e 1.325 do Código Civil). O condômino sempre tem preferência na locação. Caso venha a ser divisível a locação, cada condômino poderá optar separadamente, sem depender dos demais.

- *Capacidade dos contraentes*: a validade do contrato de locação depende da capacidade dos contraentes ao contratarem. Como regra:

  - Pessoa casada não precisa da autorização do outro consorte para locar objeto que lhe pertence, salvo se for contrato de locação de prédio urbano por prazo igual ou superior a 10 anos (artigo 3.º da Lei n. 8.245/91). Qualquer um dos cônjuges pode contratar como locatário; após a morte deste, o outro terá direito de continuar com a locação (artigo 11 da Lei n. 8.245/91).

  - Tutor e curador só podem dar em arrendamento o imóvel do incapaz sob sua guarda, mediante prévia autorização judicial e praça pública (artigo 1.747, inciso V, aplicado à tutela e à curatela, conforme referência feita pelo artigo 1.742, ambos do Código Civil).

- O pai poderá, no exercício do pátrio poder, arrendar sem qualquer formalidade.

- A pessoa que não é proprietária do bem locado, só pode dar a coisa em locação se puder ceder ao locatário o uso e gozo.

- Os absoluta e relativamente incapazes só poderão alugar imóvel se representados ou assistidos, respectivamente.

- *Cessão da posse do objeto locado*: deverá ser:

  - *Infungível*: o locatário deve restituí-lo no fim da locação; pode ser divisível, indivisível, móvel ou imóvel. Exemplos.: livros, roupas, automóvel, telefone, animais etc. Se o objeto for fungível, não há locação, mas sim mútuo.

Observação: A locação de imóveis pode recair num todo ou em parte, no principal ou nos acessórios. Exemplo: alugar o apartamento e a garagem.

Na locação mercantil de prédios, pretende o legislador a proteção do negócio e da propriedade comercial, em benefício do inquilino comerciante, impedindo que o locador tire proveito da valorização trazida pela atividade comercial ao seu imóvel. Por isso, o comerciante, atendendo às exigências legais, permanecerá no imóvel independentemente da vontade do locador, para ser prestigiado pelos anos de clientela no local. As normas visam à estabilidade da relação locatícia, garantindo a renovatória quando: I) contrato por escrito, com prazo determinado; II) o prazo mínimo da locação a renovar deve ser de

cinco anos; III) o locatário deve explorar o mesmo ramo de comércio pelo prazo mínimo de três anos ininterruptos.

Na soma desses três requisitos, terá o locatário direito de renovar a locação, tutelando-se o fundo do comércio criado. O direito à renovatória deverá ser exercido dentro do prazo decadencial – um ano até seis meses da data do término do contrato a prorrogar. Caso o locador alegue que precisa do imóvel, para uso próprio ou para transferência de fundo de comércio existente há mais de um ano – e seja ele, locador, seu cônjuge, ascendente ou descendente, detentor da maioria do capital –,o juiz fixará o *quantum* de indenização a que o locatário terá direito pela perda do fundo de comércio, abrangendo as despesas de mudança (artigo 52, inciso II, e §§ 1.º e 3.º, da Lei n. 8.245/91). Os prazos para desocupação do imóvel locado vêm descriminados no artigo 63 da Lei de Locação.

- *Inconsumível*: se consumível, não haveria restituição no término do contrato.
- *Suscetível de gozo*: significa que o objeto deve ser lícito e possível (artigo 166, inciso II, do Código Civil).
- *Determinado ou determinável* .
- *Dado em locação por quem tenha capacidade para tal:* proprietário, mandatário, enfiteuta, usufrutuário, inventariante etc.
- *Alienável ou inalienável*: o bem com cláusula de inalienabilidade pode ser locado.

1.4. Remuneração

Remuneração é a quantia que o locatário paga periodicamente pelo uso da coisa e que ocorre, em regra, mediante dinheiro. O valor pode ser estabelecido por vontade das partes ou por ato governamental, como no caso de aluguel de táxi. O preço deve ser certo.

Durante a prolongação tácita da locação, prorrogam-se as cláusulas contratuais, exceto as que se referem a prazo e preço. O prazo passará a ser indeterminado e o preço será regulado pelos artigos 16 e 17 da Lei n. 8.178/91.

Os contratos de locação residencial poderão ser livremente pactuados, vedada a vinculação à moeda estrangeira, taxa de câmbio ou salário mínimo. As partes poderão fixar novo valor para o aluguel; não havendo acordo, após três anos de vigência do contrato ou do último acordo, poderá o locador ou o locatário pedir a revisão da quantia a fim de ajustá-la ao preço de mercado (artigo 19 da Lei n. 8.245/91). Se o contrato por prazo indeterminado tiver cláusula de reajuste, essa deverá vigorar. Os reajustes poderão ser semestrais ou anuais, estipulados no corpo do contrato ou no aditamento.

1.5. Tempo Determinado ou Indeterminado

A locação poderá ter tempo determinado ou não, embora não possa ser perpétua. O contrato é temporário. Não há qualquer limite de prazo locativo, a não ser para pessoa jurídica de direito público interno. No caso da União, os prazos não podem ultrapassar 10 anos (Dec.-lei n. 9.760/46). A Lei n. 8.245/91, no artigo 3.º, dispõe que, se o contrato de locação for superior a 10 anos, dependerá do assentimento do outro cônjuge.

Se houver prazo convencionado, o locador não poderá retomar o prédio antes desse período nem o locatário poderá devolvê-lo sem o pagamento de multa (artigo 4.º da Lei n. 8.245/91).

No contrato de prazo determinado, igual ou superior a 30 meses, cessará o ajuste, findo o prazo estipulado, independente de notificação ou aviso. Caso o locador não promova a retomada do prédio locado, sob denúncia vazia, prorroga-se a locação por tempo indeterminado (artigo 46 da Lei n. 8.245/91). O contrato não cessa de pleno direito. Se o locatário permanecer no bem, sem oposição do locador, ocorre a prorrogação tácita. A interposição da ação de despejo elide a presunção relativa de ausência de oposição.

No contrato por tempo indeterminado, poderá o locatário, notificando o locador, dar fim ao acordo.

Caso ocorra alienação do imóvel locado, o novo adquirente somente poderá retomar a coisa nos casos legais (artigo 8.º da Lei n. 8.245/91).

Nas locações não-residenciais, incluídas as comerciais ou industriais, a retomada do imóvel também é promovida por ação de despejo.

Com a morte do locatário, transmite-se aos herdeiros a locação, por tempo determinado ou indeterminado, desde que residentes no imóvel (artigo 11 da Lei n. 8.245/91). Com a extinção da união estável, casamento, separação judicial ou divórcio, a locação remanesce com aquele que permanecer no imóvel (artigo 12 da Lei n. 8.245/91).

1.6. Forma Livre

O contrato tem em regra a forma livre: não é necessário que seja feito por documento escrito, podendo ser ajustado verbalmente. A locação

independe de forma especial para sua celebração. Há a presunção de veracidade da palavra do locador, no que se refere à matéria de locação (*RT* 117/153). Todos os meios de provas são hábeis a demonstrar a locação, desde que o valor seja inferior ao décuplo do salário mínimo (artigo 401 do Código de Processo Civil). A prova escrita é de grande utilidade para provar o contrato; em havendo dúvida, deve ser entendida em favor do devedor e contra o locador (*RT* 180/238).

1.6.1. Direitos e deveres do locador

a) Direitos

- *Receber o pagamento do aluguel*: o locador tem o penhor legal sobre os móveis que o inquilino tiver no prédio, como garantia do pagamento dos aluguéis (artigo 1.467, inciso II, do Código Civil).
- *Cobrar antecipadamente o aluguel*: desde que a locação não seja garantida por caução real ou fidejussória e também não seja para temporada com prazo não superior a três meses.
- *Exigir do locatário, na locação de prédio urbano* (artigos 37 a 41 da Lei n. 8.245/91)*, as seguintes garantias*:
  - Caução real em bens móveis, penhor (registrado no Cartório de Títulos e Documentos) e em bens imóveis, registrada e averbada à margem do Registro de Imóveis.
  - Caução em dinheiro, espécie de garantia real que não poderá exceder o valor de três meses de aluguel, efetuada mediante depósito em poupança, em nome do locador e do locatário (conta conjunta), pelo prazo de duração da locação. As correções

monetárias e os juros revertem em favor do inquilino, quando levantados no término da locação.

- Garantia fidejussória, ou seja, a fiança, nos termos do artigo 818 do Código Civil, modalidade preferida do locador, que possibilita avaliar a capacidade patrimonial e econômica do fiador. Esse não precisa ter mais de um imóvel no município, pelo artigo 41, pois o único bem do fiador torna-se penhorável pela Lei n. 8.009/90.

- Seguro de fiança locatícia, qual seja, o pagamento de uma taxa correspondente a um prêmio anual ou mensal ao locador. Garante-se, mediante prêmio, o valor do aluguel. É a forma mais comum nas locações comerciais.

Não é possível a cumulação de garantias. Na prorrogação contratual, o locador pode mudar de garantia ou exigir um fiador.

- *Mover ação de despejo* (artigos 5.º, 59 e 66 da Lei n. 8.245/91): se o imóvel locado for residencial, a ação de despejo será intentada com base na denúncia vazia ou condicionada (artigos 46 e 47). Se o imóvel for comercial ou industrial, o pedido poderá ser intentado com base na denúncia vazia. Em caso de locação mista, em que o imóvel é utilizado para moradia e fins comerciais, a jurisprudência tem admitido a retomada com base na preponderância de uma finalidade sobre a outra. Caso prepondere o uso residencial sobre o comercial, as regras a serem observadas serão as da locação residencial e vice-versa.

- *Reaver a coisa locada após o vencimento da locação* (artigo 4.º da Lei n. 8.245/91).

- *Autorizar, por escrito, a cessão da locação, sublocação e o empréstimo do prédio* (artigo 13 da Lei n. 8.245/91).

- *Pedir a revisão judicial do aluguel ou atualização dos aluguéis nas locações residenciais* (artigo 17 da Lei n. 8.178/91). O prazo para propositura da ação revisional foi mudado de cinco para três anos, a partir da vigência do contrato ou da locação anterior, devendo ser comprovada por anúncios de jornais e tabelas imobiliárias. Visa ajustar o valor do aluguel ao preço de mercado. A ação revisional deve ser proposta no lugar do imóvel, e o valor da causa deverá considerar o valor do aluguel que se pretende fixar, multiplicado por 12. Se houver acordo na pendência da ação, essa ficará prejudicada. O novo aluguel prevalecerá a partir da propositura da ação, considerando-se a citação (artigo 69 da Lei n. 8.245/91). A ação revisional não tem relação com o reajustamento previsto no contrato, pois esse tem como objetivo a correção monetária.

- *Ser comunicado de sub-rogação na locação:* em caso de extinção da sociedade conjugal por separação judicial, separação de fato ou divórcio, ou da relação concubinária do locatário, aquele que permanecer no prédio deve comunicar o locador, que tem direito de exigir novo fiador, ou qualquer outra garantia locatícia prevista legalmente (artigo 12 da Lei n. 8.245/91).

b) Deveres

- *Entregar ao locatário a coisa alugada*: em estado que possa servir ao uso a que se destina (artigo 566 do Código Civil e artigo 22, inciso I, da Lei n. 8.245/91). Os elementos de fruição, tais como – no caso de

imóvel – instalação elétrica, serviço de água etc. devem estar intactos no bem. Muito se discute a respeito do telefone integrar a locação; há julgado afirmando que a linha telefônica não integra o contrato locatício. Caso o imóvel esteja em construção, com obra inacabada no momento da locação, o locatário poderá pedir a resolução do contrato, com devolução das prestações pagas e pagamento da multa contratual. A entrega da coisa locada é o principal dever do locador, por ser o meio indispensável para fruição do uso e gozo do bem, que constitui elemento essencial do contrato de locação. Sem tal entrega, a locação não se efetiva. O locador deverá fornecer ao inquilino, caso esse solicite, descrição minuciosa do estado do imóvel, quando do início da locação, com expressa referência aos eventuais defeitos existentes (artigo 22, inciso V, da Lei n. 8.245/91).

- *Manter o bem no estado em que entregou, pelo tempo do contrato, salvo cláusula expressa em contrário* (artigos 566 do Código Civil e 22, inciso III, da Lei de Locações): o locador deverá realizar reparações necessárias para que a coisa possa continuar sendo utilizada. Exemplo: telhado quebrado deve ser reposto. De acordo com o artigo 567 do Código Civil, se durante a locação, a coisa alugada se deteriorar, sem culpa do locatário, esse poderá pedir redução proporcional do aluguel ou rescindir o contrato, se a coisa não servir mais ao fim a que se destinava.

- *Responder pelos vícios ou defeitos do bem locado, anteriores à locação* (artigos 568 do Código Civil e 22 da Lei de Locações).

- *Garantir o uso pacífico da coisa locada, durante o tempo do contrato* (artigo 22, inciso II, da Lei de Locações e artigo 566, inciso II do Código Civil).

- *Pagar impostos, taxas e despesas imobiliárias*.

- *Fornecer o recibo de aluguel de encargos* (artigo 22, inciso VI, da Lei de Locações). Tal imposição acarreta sanção penal de três meses a um ano, substituída pelo *sursis* e multa de 12 a 24 vezes o valor do último aluguel atualizado (artigo 44, inciso I, parágrafo único, da Lei de Locações).

- *Indenizar as benfeitorias necessárias e úteis feitas pelo locatário de boa-fé* (artigo 35 da Lei de Locações): o locatário terá direito de reter o imóvel até receber a indenização (artigo 1.219 do Código Civil). No que diz respeito a benfeitorias voluptuárias, o locador poderá pagá-las ou deixar que o locatário as remova, desde que sem detrimento da coisa (artigo 36 da Lei de Locações). Há julgados que entendem que não são indenizáveis as benfeitorias quando o contrato de locação expressamente negue esse direito (*RT* 523/326).

- *Dar preferência ao locatário ou sub-locatário na aquisição do prédio*: em igualdade com terceiros, o locatário deve ser notificado pelo locador da sua intenção de vender e ceder os direitos do imóvel locado (artigos 27 e 34 da Lei de Locações).

- *Não exigir nada além de alugueres e encargos primitivos*: o descumprimento dessa obrigação enseja pena de prisão simples de cinco dias a seis meses ou multa entre três e 12 vezes o valor do último aluguel (artigo 43, inciso I, da Lei de Locações).

1.6.2. Direitos e deveres do locatário

a) Direitos

- *Exigir do locador a entrega da coisa e do recibo do aluguel e a manutenção do bem locado pelo tempo previsto*: o recibo deverá incluir o valor do aluguel e a parcela cobrada e paga, bem como impostos, seguro, taxas e encargos.

- *Exigir do locador descrição minuciosa do estado da coisa locada* (artigo 22, inciso V, da Lei de Locações).

- *Reter o prédio locado no caso de ter realizado benfeitorias necessárias e úteis*: essas devem ser autorizadas por escrito pelo locador (artigo 35 da Lei de Locações), e a retenção dura enquanto o locatário não receber a indenização. As voluptuárias podem ser levantadas (artigo 36 da Lei de Locações). As benfeitorias úteis, feitas sem a licença do locador, são consideradas de má-fé e não garantem o direito de receber a indenização correspondente. Apesar de não ter direito de retenção por benfeitorias úteis não-autorizadas, o locatário deverá ser indenizado pelas mesmas;, caso contrário, o locador enriqueceria indevidamente. Tal matéria deverá ser alegada em contestação ou reconvenção para reconhecimento em sentença. Não é matéria de embargos, a não ser que se trate de execução de título extrajudicial. A não-alegação em contestação implica preclusão.

- *Ter preferência para aquisição em caso de alienação do imóvel locado* (artigo 27 da Lei n. 8.245/91): não tem direito de preferência no caso de venda judicial, permuta e doação. O direito caduca se não for exercido nos 30 dias subseqüentes à notificação. O locatário

preterido na preferência poderá reclamar perdas e danos, desde que o contrato de locação esteja transcrito no Registro Imobiliário (artigo 33 da Lei de Locações e Súmula n. 442 do Supremo Tribunal Federal), ou depositar o preço mais as despesas com a transferência, havendo para si o imóvel locado – no prazo de seis meses – desde que o contrato de locação esteja averbado no Registro de Imóveis há pelo menos 30 dias.

- *Purgar a mora*: tal direito serve para evitar a rescisão da locação – requerido no prazo da contestação da ação de despejo – e engloba o pagamento dos aluguéis e demais encargos, além dos honorários do advogado do locador (artigo 62, inciso II, da Lei de Locações). Não cabe o pedido de purgação se o locatário utilizou esse benefício por duas vezes, no prazo de 12 meses anteriores ao novo requerimento. No caso de obstáculo judicial, poderá purgar a mora além do prazo legal.

- *Ser despejado somente nos casos previstos em lei, mediante denúncia cheia (motivada) ou vazia.*

- *Ceder, emprestar ou sublocar o imóvel locado, com prévia e expressa anuência do locador* (Súmula n. 411 do Supremo Tribunal Federal).

- *Renovar a locação*: tanto na hipótese de prorrogação automática da locação quanto na hipótese de contrato por prazo certo, desde que não se estipule de forma diversa. Se a locação for mercantil, a renovação é compulsória, desde que atendido os requisitos da Lei n. 8.245/91 (artigo 51 e seguintes.).

- *Impedir a penhora de bens móveis, quitados, de sua propriedade, que guarneçam o imóvel locado* (artigo 2.º, parágrafo único, da Lei n. 8.009/90).

- *Possibilidade de participar, se locatário de apartamento em edifício, das assembléias condominiais na ausência do locador:* segundo o artigo 24, § 4.º, da Lei n. 4.591/64: *"nas decisões da Assembléia que não envolvam despesas extraordinárias de condomínio, o locatário poderá votar, caso o condômino–locador a ela não compareça"* (parágrafo acrescentado pela Lei n. 9.267/96).

b) Deveres

- *Usar o bem para o destino da locação*: o imóvel residencial só deve ser usado como moradia, e o comercial para as atividades a que se destina. Não configura mudança de destinação o advogado ou médico manter escritório ou consultório; o dentista manter consultório num dos cômodos da residência; manter um instituto de beleza em casa, e até pequena escola primária.

- *Tratar o bem alugado como se fosse seu* (artigos 569, inciso I, do atual Código Civil, e 1.211, do Código Civil de 1916): a desobediência implica rescisão e indenização das perdas e danos.

- *Pagar pontualmente o aluguel nos prazos ajustados ou, na falta de convenção, até o sexto dia do mês seguinte ao vencido* (artigos 23, inciso I, da Lei de Locações, e 569, inciso II, do Código Civil): a dívida, na falta de convenção em contrário, é quesível e não portável, devendo o locador ir até o domicílio do locatário. Nas locações de prédio rústico, salvo acordo diverso, a esterilidade ou o malogro da

colheita advinda de fortuito, não autorizam o locatário a exigir abatimento no aluguel (artigo 1.214 do Código Civil de 1916). Não pode o locatário subtrair-se ao pagamento, sob alegação de que a coisa locada encontra-se em péssimo estado de conservação, não servindo às suas finalidades (*RT* 538/156).

- *Apresentar ao locador as turbações de terceiros, fundadas em direito* (artigos 23, inciso IV, da Lei de Locações, e 569, inciso III do Código Civil): não impede que o locatário utilize os remédios possessórios adequados, quando sua posse for turbada ou esbulhada, inclusive se a turbação ou esbulho forem cometidos pelo próprio locador.

- *Restituir a coisa ao locador no mesmo estado que a recebeu* (artigos 23, inciso III, da Lei de Locações, e 569, inciso IV, do Código Civil): excluem-se as deteriorações decorrentes do uso regular da coisa. O contrato que cede a terceiro a exploração de pedreiras ou salinas é de compra e venda e não locação, exatamente porque a devolução não será nos moldes em que foi entregue o bem.

- *Pagar os encargos e despesas referentes ao uso regular da coisa* (artigo 23, inciso VIII, e parágrafos, da Lei de Locações): incluem-se as despesas de condomínio, limpeza, taxas, salários dos empregados referentes ao condomínio por unidades autônomas.

- *Cumprir a convenção do condomínio e regulamentos internos*.

- *Fazer consertos no bem locado* (artigo 23, inciso V, da Lei de Locações): não deixar que a deterioração impere, como, por exemplo, realizando a substituição de vidros quebrados, goteiras, fechaduras etc.

- *Permitir que o locador realize reparos urgentes* (artigo 26 da Lei n. 8.245/91): por ter o locatário a posse, deverá consentir que o locador realize consertos. Se os reparos durarem mais de 10 dias, terá direito ao abatimento no aluguel proporcional ao período excedente. Se o conserto demorar mais de 30 dias, terá o direito de resilir o contrato.

- *Dar a garantia exigida pelo locador* (artigos 37 a 42 da Lei de Locações).

- *Pedir prévio e expresso consentimento do locador para sublocar, ceder ou emprestar o prédio locado* (artigo 13 da Lei de Locações).

- *Responder pelo incêndio do prédio* (artigo 1.208 do Código Civil de 1916): pode se eximir da responsabilidade se demonstrar que houve caso fortuito ou força maior, vício de construção ou propagação de fogo originado em outro prédio. Se o imóvel tiver mais de um inquilino, cada um responde pela sua parte.

- *Não alterar a fachada e a forma interna do prédio sem anuência prévia e escrita do locador* (artigo 23, inciso VI, da Lei de Locações).

- *Entregar todos os documentos de cobrança de tributos e encargos, intimações e multas, ainda que dirigidas ao próprio locatário* (artigo 23, inciso VII, da Lei de Locações).

- *Permitir vistoria no imóvel locado* (artigo 23, inciso IX, da Lei de Locações): previamente agendada, podendo o mandatário comparecer no lugar do locador. Em caso de alienação, o locatário deve permitir que terceiros visitem o imóvel.

- *Pagar o prêmio de seguro de fiança* (artigo 23, inciso XI, da Lei de Locações).

1.7. Extinção do Contrato de Locação

a) Causas

- *Distrato ou resilição bilateral*: basta que o locatário, de comum acordo com o locador, restitua o bem locado, antes do fim do prazo de duração do contrato (artigo 9.º, inciso I, da Lei de Locações).
- *Retomada do bem locado*: por denúncia vazia ou cheia. Basta comprovar o fato extintivo, como, por exemplo, a necessidade de utilizar o prédio para residência de familiares sem imóvel próprio. Pode também requerer para uso próprio, para edificação ou reforma que lhe dê maior capacidade de utilização. Para maior aprofundamento ver Súmulas ns. 80, 175, 374, 409, 410, 483, 485 e 486 do Supremo Tribunal Federal.

Ao término dos contratos celebrados depois da entrada em vigor da atual Lei e com prazo igual ou superior a 30 meses, o proprietário poderá pedir a desocupação do prédio sem precisar justificar, notificar ou avisar, desde que ingresse com ação de despejo (artigo 46 da Lei de Locações). O locatário terá 30 dias para desocupar o imóvel – artigo 63 da Lei de Locações.

Nos contratos com prazo de locação inferior a 30 meses, não é possível a retomada do imóvel com fundamento na denúncia vazia, se o contrato prorrogou-se, automaticamente, por prazo indeterminado. Para o locador

reaver seu imóvel é preciso demonstrar uma das hipóteses previstas nos incisos do artigo 47 da Lei n. 8.245/91.

Nos contratos assinados antes da vigência da atual Lei, que vigorem ou venham a vigorar por prazo indeterminado, o locador pode retomar o prédio sem qualquer justificativa, concedendo ao locatário o prazo de 12 meses para desocupação. Se houve revisão no valor do aluguel, a denúncia somente poderá ser exercida após 24 meses da data da revisão, se essa ocorreu nos 12 meses anteriores à data da vigência da Lei de Locações (artigo 78). O prazo para entrega do imóvel inicia com a notificação do locatário.

- *Implemento de cláusula resolutiva*: pode ser expressa ou tácita e permite a resolução do contrato, com perdas e danos, fundada em seu inadimplemento – artigo 476 do Código Civil.

- *Perda total da coisa locada*: é a hipótese do perecimento do imóvel tornando-o inapto para suas finalidades – artigo 77 do Código Civil de 1916.

- *Perda parcial ou deterioração do bem*: pode ocorrer por culpa do locador ou do locatário, ensejando perdas e danos ao lesado – artigo 570 do Código Civil.

- *Vencimento do prazo contratual estipulado*: quando às partes não interessar a prorrogação ou renovação.

- *Desapropriação do prédio locado*: com a imissão do expropriante na posse (artigo 5.º, parágrafo único, da Lei de Locações) extingue-se a locação, e o locatário tem direito de exigir indenização por eventuais benfeitorias necessárias e úteis.

- *Morte do locatário* (artigo 11 da Lei de Locações): se não deixar sucessor.

- *Nulidade ou anulabilidade do contrato locatício* (artigo 45 da Lei de Locações).

- *Resilição unilateral*: o locador pode resilir unilateralmente nas hipóteses de denúncia vazia ou motivada; ao locatário também é possível na hipótese do artigo 4.º da Lei n. 8.245/91.

- *Extinção de usufruto ou fideicomisso*: artigo 7.º da Lei de Locações.

- *Falência ou concordata de um dos contratantes*: é preciso cláusula expressa dispondo sobre a rescisão contratual por esse motivo (*RT* 541/219).

- *Alienação:* artigo 8.º da Lei de Locações – "se o imóvel for alienado durante a locação, o adquirente poderá denunciar o contrato, com o prazo de noventa dias para a desocupação, salvo se a locação for por tempo determinado, se o contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação e estiver averbado junto à matrícula do imóvel".

2. CONTRATOS REAIS

2.1. Mútuo

2.1.1. Conceito e características básicas

Mútuo é o contrato pelo qual uma das partes transfere a propriedade de um bem fungível à outra, que se obriga a lhe restituir coisa do mesmo gênero, quantidade e qualidade (artigo 586 do Código Civil).

a) Características

- *Contratualidade:* é indispensável a manifestação de vontade de ambas as partes.
- *Real*: o contrato só se perfaz com a tradição, isto é, com a entrega do objeto emprestado.
- *Gratuito:* no silêncio, o contrato é considerado gratuito; porém, pode ser oneroso, quando estipulada contraprestação a ser cumprida pelo mutuário. Exemplos: pagamento de juros nos empréstimos em dinheiro (mútuo feneratício); repetição de juros pagos pelo contratante não prevista no contrato, pois consiste em obrigação natural (artigo 882 do Código Civil).

Para Carvalho de Mendonça, o mútuo é mercantil bastando que uma das partes seja comerciante. O empréstimo bancário é sempre mercantil, mesmo que o mutuário não seja comerciante, pois é atividade habitual das financeiras (comércio) conceder empréstimos a curto, médio ou longo prazo.

- *Unilateral*: é o mutuário que, em regra, tem obrigações.
- *Temporariedade*: não pode ser perpétuo, caso contrário, transformar-se-ia numa doação. O artigo 592 do Código Civil trata do prazo do mútuo: se de produto agrícola, vai até a próxima colheita; se de dinheiro, vence, pelo menos, em 30 dias; nas demais hipóteses, no prazo convencionado.

- *Fungibilidade*: o mútuo recai sobre bens que podem ser substituídos por outros do mesmo gênero, quantidade e qualidade. Exemplo: empréstimo de um livro, desde que o exemplar não seja raro nem sua edição esteja esgotada.

- *Translatividade*: significa a transferência da propriedade que acontece com a simples tradição. O mutuário pode usar a coisa como quiser. Pode consumir, alienar e dar, inclusive em submútuo. Não precisa da autorização do mutuante. Assume todos os riscos da coisa, já que há a verdadeira transferência do domínio.

- *Obrigatoriedade da restituição*: a coisa deve ser restituída na mesma espécie, quantidade e qualidade. Não fosse assim, haveria troca, ou compra e venda. A restituição de dinheiro é nominal, não importando se o valor perdeu seu poder de compra pela incidência da inflação. Pode o mutuante exigir garantia do mutuário, pois esse poderá sofrer mudança em sua fortuna. Em caso de morte do mutuário, os herdeiros devem restituir a coisa.

2.1.2. Requisitos

O mútuo apresenta três tipos de requisitos:

- *Subjetivos*: os contraentes precisam ter capacidade comum e especial. O mutuante deverá ter aptidão para dispor, alienar a coisa emprestada, pois essa será transferida ao mutuário; deve ter *jus disponendi*.

De acordo com artigo 588 do Código Civil, o mútuo feito à pessoa menor, sem autorização daquele que detém sua guarda, não poderá ser reavido pelo mutuário, nem pelos fiadores, salvo (artigo 589 do Código Civil):

- ratificação do responsável pelo menor, suprindo a autorização;
- necessidade do empréstimo para os alimentos habituais;
- bens adquiridos pelo magistério, serviço militar ou função pública do menor. A disposição é ociosa porque o menor passa a ser maior, capaz, em decorrência de tais fatos;
- na hipótese de o menor dolosamente ocultar sua idade, para obter empréstimos (artigo 180 do Código Civil).

- *Objetivos*: o objeto emprestado deve ser fungível, substituível por outro da mesma espécie, quantidade ou qualidade (artigo 85 do Código Civil).

No mútuo em dinheiro, o devedor se exonera da obrigação, restituindo a mesma soma, ainda que o valor seja depreciado. As normas sobre o curso forçado da moeda nacional vedam a estipulação do pagamento em moeda de ouro, prata ou estrangeira. O empréstimo em moeda estrangeira só é válido se uma das partes residir e for domiciliada no exterior.

O mútuo feneratício (oneroso) é permitido no nosso Direito, com cláusula expressa que fixa os juros do empréstimo. Os particulares não podem convencionar taxa superior a 12% ao ano, sob pena de usura.

Os juros constituem o proveito tirado do capital emprestado e podem ser compensatórios (representam a renda ou o fruto do dinheiro mutuado),

compensando o mutuando pela disponibilidade do dinheiro; ou moratórios, pagos a título de indenização pelo atraso verificado para o adimplemento do contrato.

A capitalização de juros é proibida pela Lei de Usura – Súmula n. 121 do Supremo Tribunal Federal, exceto no contrato de empréstimo e de conta corrente. A integridade do valor emprestado é garantida pela correção monetária – ajuste do valor do débito, constituindo a própria dívida atualizada para a data do vencimento ou do efetivo pagamento da obrigação.

- *Formais*: o mútuo tem forma livre, exceto se for oneroso, caso em que deverá ser convencionado expressamente (artigo 591 do Código Civil). A prova do mútuo poderá ser feita pela emissão de nota promissória, confissão formal de dívida ou recibo da soma emprestada. O mútuo mercantil não requer forma escrita, salvo para efeito de prova e de registro contábil; se for elaborado verbalmente, a prova testemunhal só poderá ser admitida se o valor do empréstimo não exceder a 10 salários mínimos (artigo 401 do CPC).

2.1.3. Efeitos jurídicos

a) Obrigações do mutuário

- *Restituir o que recebeu*: deve o mutuário devolver a coisa da mesma espécie, quantidade e qualidade, dentro do prazo estipulado. Caso seja impossível, poderá devolver o equivalente pecuniário.

- *Não compelir o mutuante a receber em parte* se isso não for convencionado.
- *Pagar os juros* no mútuo feneratício.

b) Direitos do mutuante

- *Exigir garantia da restituição*: para o caso de mudança no patrimônio do mutuário (artigo 590 do Código Civil).
- *Reclamar a restituição de coisa equivalente*, com o vencimento do prazo. Caso não haja prazo estabelecido deverá o mutuante notificar o mutuário concedendo prazo razoável para cumprimento do avençado.
- *Demandar a rescisão do contrato* se o mutuário não pagar os juros no mútuo feneratício.

c) Obrigações do mutuante

- *Entregar a coisa* objeto de mútuo.
- *Não interferir no uso da coisa* durante a vigência do contrato.
- *Não exigir a restituição* antes do convencionado.

2.1.4. Causas extintivas do mútuo

As causas de extinção do mútuo são:

- Vencimento do prazo convencionado para sua duração.
- Ocorrência das hipóteses do artigo 592 do Código Civil, quando não estipulado prazo.
- Rescisão por culpa de uma das partes. Exemplo: não pagamento de juros.
- Resilição bilateral: distrato, acordo entre as partes para extinção do contrato.
- Resilição unilateral por parte do devedor. Há a presunção de que o mutuário tem direito de pôr fim ao negócio a qualquer momento, oferecendo a prestação.
- Efetivação de uma cláusula terminativa prevista no próprio contrato.

2.2. Comodato

2.2.1. Definição e características básicas

De acordo com Washington de Barros Monteiro, o comodato é um contrato unilateral, gratuito, pelo qual uma das partes entrega à outra coisa infungível, para ser usada temporariamente e depois restituída (artigo 579 do Código Civil).

a) Características

- *Contratualidade*: decorre de um acordo de vontades.
  - *Unilateral*: apenas uma parte obriga-se em relação à outra.

- *Gratuito*: acarreta ônus para o comodante e vantagem para o comodatário. Fere o princípio do equilíbrio das relações contratuais (princípio da equivalência), porque há cessão sem contraprestação, muito embora o comodatário possa assumir a obrigação de pagar impostos e taxas sobre o bem, o que não retira a natureza de gratuidade do empréstimo.

- *Real*: o comodato só se completa com a tradição do objeto. Com a entrega do bem do comodante ao comodatário este passa a ter posse direta, remanescendo a posse indireta àquele. O comodatário pode defender sua posse por meio dos interditos (*RT* 236/418). Apesar de ser um contrato real, não gera um direito real.

- Intuitu personae: o objeto não pode ser cedido pelo comodatário a um terceiro, porque, diverso do que ocorre com o mútuo, o comodato não transfere a propriedade, e sim apenas a posse direta.

• *Infungibilidade*: a coisa emprestada poderá ser móvel ou imóvel, porém não poderá ser substituível por outra da mesma espécie, qualidade e quantidade. A mesma coisa cedida deve ser restituída. É possível o comodato de bens fungíveis desde que destinados à exposição ou ornamentação. Exemplo: uma garrafa de uísque para exibição numa exposição.

• *Não-consumibilidade*: o comodato de bem consumível é admitido, como na hipótese anteriormente mencionada, para exposição ou ornamentação. Exemplo: frutas não utilizadas para consumo e sim para enfeite (*comodatum pompam vel ostentationem causae*).

- *Temporariedade* (artigo 581 do Código Civil): a coisa dada em comodato é para uso temporário, podendo o prazo ser determinado ou indeterminado. Na segunda hipótese, presume-se o tempo necessário para que o comodatário possa servir-se da coisa. O comodante não poderá exigir a restituição do bem antes de vencer o prazo, salvo necessidade imprevista urgente, reconhecida pelo juiz. (*RT* 547/166 e artigo 581 do Código Civil). Não existe comodato perpétuo, pois tal implicaria doação.

- *Restitutibilidade*: caso o comodatário se recuse à restituição, estará praticando esbulho e o comodante promoverá a devida ação judicial de reintegração de posse. Com o falecimento do comodante a devolução deve ser feita aos herdeiros.

No comodato é descabida a ação de despejo e o processo de execução, por não haver relação *ex locato*. O direito de cobrar o aluguel do comodatário moroso não transforma o contrato de comodato em locação, pois serve apenas para coagi-lo a devolver a coisa, sendo mera penalidade. Não é uma retribuição pelo uso do objeto cedido em empréstimo.

No comodato por prazo indeterminado, é preciso o comodante interpelar o comodatário, para a entrega do bem, ocasião em que ocorrerá a mora, dando ensejo à reintegração.

2.2.2. Requisitos

São requisitos do comodato:

- *Subjetivo*: além da capacidade de exercício genérica, o Código Civil, em seu artigo 580, com a intenção de proteger certas pessoas, estabelece incapacidades especiais, para outorga de comodato. Os tutores, curadores e administradores de bens alheios não podem dar em comodato, salvo autorização especial, os bens confiados à sua guarda porque o comodato não é um ato de administração normal; ademais, diminui o patrimônio de alguém sem compensação, pois não há vantagem ao administrado. A autorização especial deverá ser do dono, no caso pessoa maior e capaz, e do juiz, ouvido o Ministério Público, se for um incapaz.
- *Objetivo*: os bens dados em comodato devem ser:
  - infungíveis;
  - inconsumíveis;
  - móveis ou imóveis.
- *Formal:* o comodato se estabelece de forma livre. Não se presume; na dúvida entre locação, essa prevalece, por ser onerosa.

2.2.3. Obrigações do comodatário

Ao comodatário cabem as seguintes obrigações:

- *Guardar e conservar a coisa como se fosse sua* (artigo 582 do Código Civil): o comodatário deve procurar não desgastar ou desvalorizar a coisa, sob pena de responder por perdas e danos. Não pode alugar o bem emprestado nem emprestar novamente a coisa. O ônus com a guarda e manutenção da coisa correm por conta do

comodatário, que pode cobrar as despesas extraordinárias e as benfeitorias, e ainda reter o bem até o ressarcimento (artigo 1.219 do Código Civil).

- *Limitar o uso da coisa estipulada no contrato* (artigo 582 do Código Civil): caso o comodatário não respeite o acordo, responderá por perdas e danos. O uso indevido que acarreta, por terceiro, um dano qualquer no bem, é de responsabilidade do comodatário, podendo o mesmo requerer regressivamente o pagamento efetuado (*RT* 487/75).

- *Restituir a coisa emprestada "in natura" no momento devido*: vencido o prazo do contrato ou verificada a hipótese do artigo 581 do Código Civil, a coisa deverá ser restituída. O comodante não pode, sem justificativa, requerer o bem fora desses casos.

- *Responder pela mora*: o comodatário, em caso de mora, responde pela perda e deterioração da coisa emprestada, sendo obrigado a pagar um aluguel, arbitrado pelo comodante, pelo tempo de atraso na devolução (artigo 582 do Código Civil). O aluguel inclui os honorários advocatícios (*RT* 413/381).

- *Responder pelos riscos da coisa* (artigo 583 do Código Civil): correndo risco, o objeto do comodato e outros do comodatário, se esse salvar os seus, abandonando o do comandante, responderá pelo dano, ainda que advindo de fortuito e força maior. É a hipótese de incêndio e de inundações. Nessas ocasiões o comodatário não é obrigado a salvar nenhum bem, porém se salvar algum deve ser o do comodante. Caso proceda em contrário, pagará pelo prejuízo. É o proprietário (comodante) quem responde pelo caso fortuito e força maior, porém não na hipótese supramencionada.

- *Responsabilidade solidária de vários comodatários* (artigo 585 do Código Civil): cada comodatário é responsável solidário em relação ao comodante, para melhor assegurar a restituição da coisa, ante a gratuidade do contrato. O comodante pode acionar qualquer comodatário para devolver a coisa.

2.2.4. Obrigações do comodante

São obrigações do comodante:

- *Não pedir a restituição do bem dado antes do prazo:* o bem dado em comodato deve permanecer com o comodatário até o prazo estipulado ou até o fim a que se destina (artigo 581 do Código Civil).

- Restituir as despesas extraordinárias feitas pelo comodatário.

2.2.5. Extinção do comodato

A extinção do comodato ocorre quando existe:

- *Advento do termo*: se não houver termo ajustado, extingue-se após o uso regular da coisa para os fins a que foi emprestada.

- *Rescisão por culpa*: na hipótese de o comodatário usar o bem de modo diverso do estipulado, ou ceder a outrem o uso.

- *Resilição unilateral*: o comodante pode provar que precisa da coisa antes do prazo acordado, em decorrência de situação urgente e imprevista à época do negócio, reconhecida pelo juiz. O comodatário pode resilir com a mera devolução (desinteresse).

- *Resilição bilateral:* distrato – as partes resolvem extinguir o contrato.
- *Morte do comodatário*: apenas se o contrato for *intuitu personae,* porque as vantagens não podem ser transmitidas aos herdeiros. Podem as partes estipular em contrário, ou a natureza do contrato dar a entender que o uso não é estritamente pessoal.
- *Alienação da coisa.*

2.3. Depósito

2.3.1. Conceito

É o recebimento da guarda temporária de um bem móvel, pelo depositário, até o momento em que o depositante o reclame (artigo 627 do Código Civil).

2.3.2. Elementos

Cinco são os elementos do depósito:

- *Personalíssimo*: é um contrato *intuitu personae* e decorre da confiança que o depositante imprime no depositário.
- *Real*: o contrato só está perfeito com a coisa na mão do depositário.
- *Temporariedade*: quer por prazo determinado, quer por prazo indeterminado, a relação é sempre temporária.
- *Objeto móvel*: algumas legislações latinas admitem o depósito do bem imóvel; no Brasil é inconcebível.

- *Gratuito*: no silêncio, o depósito é gratuito, mas podem as partes estipular remuneração.

2.3.3. Espécies de depósito

São as seguintes as espécies de depósito:

- *Voluntário*: é o que decorre da vontade das partes.
- *Obrigatório ou necessário:* independe da vontade das partes, podendo ser:
  - *legal*: decorre da lei, como, por exemplo, artigo 649 do Código Civil;
  - *miserável*: decorrente de calamidade pública (artigo 647, inciso II, do Código Civil).
- *Regular*: é o que recai sobre bens infungíveis.
- *Irregular*: é o que recai sobre bens fungíveis.

2.3.4. Obrigações das partes contratantes

Por ser um contrato unilateral, cria obrigações apenas para o depositário:

- guardar a coisa;
- restituí-la quando exigida;
- ser diligente na guarda do objeto.

O depositante pode exigir a coisa a qualquer momento, sendo o depositário obrigado a entregá-la, salvo se o objeto for judicialmente embargado, ou se pender execução ou suspeita de que a coisa foi furtada ou roubada (artigos 633 e 638 do Código Civil).

2.3.5. Extinção do contrato de depósito

O contrato de depósito extingue-se pelo decurso do prazo; pelo distrato; e pelo depósito judicial da coisa por parte do depositário.

2.3.6. Prisão do depositário infiel

A prisão civil do depositário infiel é a medida coercitiva que visa obrigá-lo a devolver a coisa depositada. A medida é cabível tanto no depósito voluntário quanto no depósito necessário, e o prazo máximo da prisão civil é de um ano. A Constituição Federal de 1988, artigo 5.º, inciso LXVII, admite essa prisão.

3. MANDATO

3.1. Conceito

É o contrato pelo qual alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses (artigo 653 do Código Civil).

Importante distinguir representação comercial e preposição. Na primeira, representação comercial, o titular do direito pratica atos jurídicos em seu nome

e em seu interesse, por meio de terceiros. A representação é a utilização de serviços alheios para a prática de atos jurídicos. Na segunda, preposição, decorre do contrato de trabalho ou da locação de serviços.

O fundamento do mandato é a fidúcia, confiança, elemento subjetivo. Há um acordo entre as partes para que uma delas possa agir em nome e por conta da outra, na prática dos atos jurídicos. A relação é personalíssima.

Mandante: é quem outorga o mandato, investindo o terceiro de poderes para representá-lo.

Mandatário: é aquele que passa a atuar na vida jurídica em nome e por conta do mandante.

3.2. Natureza Jurídica

- *Unilateral*: gera obrigações apenas ao mandatário. Pode ser bilateral imperfeito quando estipular remuneração a ser paga pelo mandante.

- *Oneroso ou gratuito*: o mandato mercantil é presumidamente oneroso; o civil, gratuito. Tal presunção é *juris tantum, ou seja,* admite prova em contrária.

- *Consensual*: o contrato torna-se perfeito com a manifestação de vontade das partes. Precisa da aceitação do mandatário, que pode ser tácita, como, por exemplo, quando começar a executar o contrato. O silêncio não importa aceitação tácita, salvo quando o negócio para que foi dado o mandato é da profissão do mandatário (por exemplo, quando outorgado a advogado ou despachante), ou foi oferecido mediante publicidade, e o mandatário não fez constar imediatamente a sua recusa.

- *Não solene*: não exige forma prescrita em lei para ter validade (artigo 656 do Código Civil).

3.3. Mandato e Procuração

Embora o Código Civil mencione que a procuração é o instrumento do mandato, a doutrina moderna entende que a procuração é um negócio jurídico pelo qual se constitui o poder de representação voluntário. Classifica-se em unilateral, receptício e autônomo, e não se confunde com o contrato subjacente – tanto que nem sempre esse precisa ser mandato; pode ser prestação de serviço, compra e venda, corretagem etc.

3.4. Procuração em Causa Própria

O mandato em causa própria é outorgado no interesse do mandatário, que fica isento de prestar contas, tendo amplos poderes. É um mandato irrevogável (artigo 683, do Código Civil) e que subsiste após a morte do mandante. Exemplo: o mandante pode nomear um mandatário para vender o imóvel para terceiro ou transferi-lo para seu nome.

3.5. Obrigações do Mandatário

São obrigações do mandatário:

- ser extremamente diligente na execução do mandato;
- executar pessoalmente os atos do mandato;
- prestar contas ao mandante;

- indenizar os prejuízos advindos de dolo ou culpa;
- atuar dentro dos limites do mandato;
- concluir negócio começado, mesmo tendo ciência da morte, interdição ou mudança de estado do mandante, para não lhe trazer prejuízos (artigo 674 do Código Civil).

3.6. Obrigações do Mandante

São obrigações do mandante:

- cumprir as obrigações assumidas pelo mandatário em relação a terceiros;
- reembolsar o mandatário nas despesas e nos prejuízos experimentados;
- sendo o mandato remunerado, efetuar sempre os pagamentos.

3.7. Extinção do Mandato

A extinção do mandato ocorre nos seguintes casos:

- renúncia do mandatário;
- revogação pelo mandante;
- morte ou interdição de qualquer das partes;
- fim do termo do mandato;
- consecução do objetivo almejado.

4. SEGURO

4.1. Conceito

Seguro é o contrato pelo qual uma das partes (segurador) obriga-se para com outra (segurado), mediante o pagamento de um prêmio, a indenizá-la de prejuízo decorrente de riscos futuros, previsto no contrato (artigo 757 do Código Civil).

O *segurador* é aquele que suporta o risco, assumido mediante o recebimento do prêmio, obrigando-se a pagar a indenização.

O *prêmio* é o valor que o segurado paga à seguradora para obter o direito a uma indenização, se ocorrer o sinistro oriundo do risco garantido e previsto no contrato. É denominado por alguns ágio de seguro.

O *risco* é o acontecimento futuro e incerto, que poderá prejudicar os interesses do segurado, provocando-lhe uma diminuição patrimonial evitável pelo seguro.

A *indenização* é a importância paga pela seguradora ao segurado, compensando-lhe o prejuízo econômico decorrente do risco assumido na apólice.

A atividade do segurador é exercida por companhias especializadas, por sociedades anônimas mediante prévia autorização do Governo Federal (artigos 192, inciso II, da Constituição Federal, e 29 da Lei n. 8.177/91) ou cooperativas devidamente autorizadas (artigo 24 do Dec.-lei n. 73/66); porém, tais cooperativas só poderão operar nos seguros agrícolas e seguros de saúde.

A autorização para funcionamento será concedida por portaria do Ministério da Indústria e do Comércio, com a apresentação pela Superintendência de Seguros Privados (S), com depósito, no Banco do Brasil, da parte já realizada do capital, descrita no Estatuto.

Para fins de constituição, organização e funcionamento das sociedades seguradoras, deverão ser obedecidas as condições gerais da legislação das sociedades anônimas e as estabelecidas pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP). O que varia de uma sociedade seguradora para outra é apenas a dosagem de encargos.

O *segurado* é aquele que tem interesse direto na consevação da coisa, fornecendo uma contribuição periódica e moderada, em troca do risco que o segurador assume de indenizá-lo. O segurado não precisa fazer prova de culpa do causador do dano (*RT* 433/96); deverá apenas e tão-somente demonstrar a existência do dano.

Aplica-se a teoria do risco nas relações de seguro: "o pagamento das indenizações será efetuado mediante a simples prova do dano e independentemente da apuração da culpa".

A noção de seguro, portanto, supõe a de risco. Ocorrendo o evento, o segurador pagará a indenização, se o dano atingir pessoas ou bens do segurado.

O contrato de seguro é tanto o meio pelo qual a pessoa física ou jurídica se protege contra os riscos que ocorrem em sua vida como uma garantia de execução contra as obrigações contraídas, um reforço de crédito, pois as dívidas do segurado estarão afiançadas pelo contrato de seguro.

4.2. Características Básicas

As características básicas são as seguintes:

- *Bilateral*: gera obrigações para o segurado e para o segurador, já que esse deverá pagar a indenização, se ocorrer o sinistro, e aquele pagar o prêmio, sob pena de o seguro caducar. O segurador tem o direito de haver o prêmio estipulado pelo risco, mesmo que o sinistro não se verifique (artigo 764 do Código Civil).

- *Oneroso*: cada um dos contratantes obtém vantagem que corresponde a um sacrifício.

- *Aleatório*: não há equivalência nas prestações. O segurado não tem condições de antever o que receberá em troca de sua prestação. O segurador assume um risco, elemento essencial desse contrato, e deve ressarcir o dano sofrido pelo segurado, se o evento incerto previsto no contrato ocorrer. O segurador terá vantagem se não ocorrer o sinistro, hipótese em que receberá o prêmio sem nada desembolsar. Se verificado o sinistro, o segurador terá obrigação de pagar a indenização, que poderá ser muito maior do que o prêmio recebido. O ganho ou a perda dos contraentes depende de fatos futuros e incertos, que constituem o risco.

- *Formal*: é obrigatória a forma escrita, considerando-se perfeito o contrato no momento em que o segurador remete a apólice ao segurado, ou faz nos livros lançamento usual da operação (artigo 758 do Código Civil).

- *Execução continuada*: o contrato é satisfeito mediante prestações reiteradas, nos termos do convencionado.

- *Adesão*: não há discussão das cláusulas estabelecidas pelo segurador na apólice, de forma que existe uma aceitação incondicional pelo segurado. O escopo é justamente por ser um ajuste indenizatório, não podendo o segurado se locupletar às custas do segurador.

  O segurado não pode receber indenização que supere o objeto do seguro (artigo 778 do Código Civil), com exceção do seguro sobre a vida, por ser um bem inestimável – é livre a convenção e a fixação do valor, admitindo-se mais de um seguro sobre a vida.

  O próprio Estado exigiu uma padronização, regulada pelo Conselho Nacional de Seguros Privados. Compete à Susep aprovar condições de coberturas especiais. Há uma adesão bilateral, pois a própria seguradora obedece às normas de controle governamental (*RT* 510/239).

- *Boa-fé* (artigo 765 do Código Civil): a sanção por não guardar a boa-fé é a perda do valor do seguro e o pagamento do prêmio vencido (artigo 766 do Código Civil), se tal se der por parte do segurado; e o pagamento em dobro do prêmio, se por parte da seguradora.

4.3. Requisitos

a) Subjetivos

- *O segurador deve, obrigatoriamente, ser pessoa jurídica*: autorizada pelo Governo federal para operar no ramo.

- *O segurado deve ter capacidade civil*: o incapaz que desejar fazer um contrato de seguro deverá estar devidamente representado ou assistido. Se o contrato for feito mediante procurador, esse também

responde perante o segurador pelas inexatidões ou lacunas que inserir no contrato.

b) Objetivos

- *Licitude*: o objeto descrito na apólice deve ser lícito e possível. Se for ilícito, como, por exemplo, seguro de operações de contrabando, nulo será o contrato. Esse é o teor do artigo 762 do Código Civil.

- *Valor determinado*: o valor do objeto deve ser certo. A apólice precisa conter o valor do objeto segurado para cálculo da indenização do risco.

- *Equivalência*: o pagamento da seguradora deve ser equivalente ao valor real do bem ou de sua reposição. O segundo seguro de um bem já segurado é anulável por qualquer das partes. O segundo segurador, que ignorava o primeiro contrato, pode, sem restituir o prêmio recebido, recusar o pagamento do objeto seguro, ou recobrar o que por ele pagou, na parte excedente ao seu valor real, ainda que não tenha reclamado contra o contrato antes do sinistro (artigo 782 do Código Civil).

- *Pagamento do prêmio*: o segurado deve pagar o prêmio fixado pelas partes quando suceder o risco. As partes estipulam livremente a taxa do prêmio, cuja forma de pagamento deve ser prevista na apólice.

c) Formais

- *Apólice*: o contrato de seguro exige documento escrito para se tornar obrigatório (artigo 758 do Código Civil) – é a apólice. A apólice deve conter as condições gerais e as vantagens garantidas pelo segurador, bem como os riscos assumidos, o valor do objeto, o prêmio devido pelo segurado, o termo inicial e final de vigência e as demais particularidades.

4.4. Direitos e Deveres do Segurado

a) Direitos

- *Receber a indenização*: nos limites descritos pela apólice.

- *Reter os prêmios*: na hipótese de o segurador falir antes de passado o risco. Porém, as sociedades de seguros não estão sujeitas à falência nem podem impetrar concordata – passam por um processo de liquidação. Pode, então, o segurado, reter os prêmios no caso de insolvência ou liquidação da companhia seguradora.

- *Não ver aumentado o prêmio*: sem justa causa.

- *Denunciar a lide à seguradora:* artigo 70, inciso III, do Código de Processo Civil.

- *Optar pela não utilização do seguro:* casos em que o pequeno valor do dano não compensa acionar o seguro.

b) Deveres

- *Pagar o prêmio convencionado, no prazo estipulado*.

- *Responder por juros moratórios, independentemente de interpelacão do segurador*: os juros legais são de 12% ao ano – artigo 192, § 3.º, da Constituição Federal – e serão observados se a apólice ou os estatutos não estabelecerem taxa maior. Devem ser pagos dentro do prazo estipulado na apólice, sob pena de caducidade.

- *Abster-se de tudo que possa aumentar os riscos*: não pode dar causa ao aumento dos riscos, sob pena de perder o seguro. Exemplo: seguro de residência e posterior instalação de depósito de fogos de artifício.

- *Comunicar ao segurador todo incidente*: deve o segurado comunicar o imprevisto possível de agravar o risco, para que o segurador possa tomar as providências cabíveis, sob pena de perder o prêmio do seguro (artigo 769 do Código Civil). Exemplo: seguro de residência, com posterior instalação de uma usina nuclear no bairro.

- *Levar, imediatamente, ao conhecimento do segurador a ocorrência do sinistro*: para que o mesmo realize as medidas necessárias, a fim de que o pagamento da indenização se efetive.

- *Ser leal*: ser sincero e agir de boa-fé, sob pena de anulação do contrato por dolo (artigo 765 do Código Civil) ou de perder o valor do prêmio (artigo 766 do Código Civil).

4.5. Direitos e Deveres do Segurador

a) Direitos

- Receber o prêmio a que o segurado se obrigou, durante a vigência do contrato.

- Isentar-se do pagamento da indenização se:

  - o segurado agiu com dolo:por exemplo, se o segurado destruir a coisa segurada para receber o valor previsto na apólice;

  - o segurado deu à coisa segurada valor superior ao real (artigo 778 do Código Civil);

  - existir vício, no contrato, que possa tirar sua eficácia (artigos 766 e 784 do Código Civil);

  - ocorrer caducidade da apólice, pelo não-pagamento do prêmio.

- Responder exclusivamente pelos riscos que assumiu.

- Acionar o autor do sinistro, para reaver o desembolso que teve com o pagamento da indenização do segurado.

- Reajustar o prêmio para que corresponda ao risco assumido (artigo 778 do Código Civil).

- Comunicar ao segurado as alterações havidas com o risco ou com a titularidade da apólice.

b) Deveres

- Indenizar o segurado (artigo 776 do Código Civil): se a perda for parcial, a indenização será apenas sobre os prejuízos apurados. O valor do bem é o considerado na data do sinistro e não na data do contrato (*RT* 122/107). A indenização deve ser feita em dinheiro, a não ser que as partes convencionem o contrário.

- Pagar a indenização a terceiro quando assim estipulado (artigo 785 do Código Civil).

- Constituir reservas para garantir as obrigações assumidas: são os fundos especiais.

- Restituir o prêmio, em dobro, se expediu apólice sabendo ter passado o risco (artigo 773 do Código Civil).

- Tomar medidas para eliminar ou diminuir os riscos que podem afetar a coisa segurada.

- Tomar as providências necessárias assim que souber do sinistro.

4.6. Extinção do Seguro

A extinção do seguro pode ocorrer nos casos a seguir:

- *pelo decurso do prazo estipulado*;

- *pelo distrato*: quando as partes concordam em dissolver os vínculos contratuais;

- *pela rescisão*: decorrente do inadimplemento da obrigação legal ou de cláusula contratual;

- *pela superveniência do risco que faça perecer o bem segurado*: pago o valor pela seguradora, o contrato perde seu objeto;
- *pela nulidade*: imperfeição antecedente que torna o contrato ineficaz.

1. JURISDIÇÃO

1.1. Formas de Composição da Lide

Relembrando a tripartição clássica de Montesquieu, a atividade jurisdicional é reconhecida como sendo uma das funções do poder estatal, ao lado das funções administrativas e legislativas. O poder, em si, é uno e indivisível, estabelecido nas três funções mencionadas, criando um sistema de freios e contrapesos. O objeto da atividade jurisdicional é a solução de conflitos de interesse (lide) no âmbito do sistema jurídico.

Podemos dividir as formas de solução da lide em:

- *autotutela*: a primeira forma de solução de litígio ocorre por meio da autotutela, isto é, a hipótese em que as partes solucionam suas controvérsias de maneira direta, sem a intervenção de um terceiro estranho à própria lide. Qualquer meio poderia ser utilizado para a solução do conflito, inclusive a força bruta, representada pelo poder bélico ou econômico. Ex.: Caso o devedor não pagasse uma dívida, o credor se apropriava de um bem dele de valor equivalente ao crédito. Hoje, a autotutela é rechaçada pelo Direito Penal por meio do art. 345 do CP, exercício arbitrário das próprias razões, sendo, excepcionalmente, autorizada no Direito Moderno, como por meio da legítima defesa da posse (art. 502 do CC).

- *autocomposição*: aos poucos, a autotutela foi dando lugar a outra forma de solução dos conflitos entre as partes, num sinal de avanço da civilização, mediante o concurso de terceiro desinteressado e imparcial, eleito pelos contendores, como no caso da atual Arbitragem.

Podemos enxergar a autocomposição por meio da:

- *submissão*: é a hipótese em que uma das partes deixa de oferecer resistência à pretensão da outra, verdadeiramente se submetendo à outra parte;

- *desistência*: é a hipótese em que uma das partes não se submete, mas abre mão da pretensão em si à outra;

- *transação*: são concessões materiais recíprocas entre as partes.

Tais soluções parciais e precárias geraram a arbitragem, forma integral e completa de autocomposição.

- *jurisdição*: somente com o desenvolvimento da noção de Estado e, bem mais tarde, a noção de Estado de Direito, é que a tarefa de solucionar a lide entre as pessoas foi admitida como função do Estado.

Há uma absoluta preferência pela solução jurisdicional estatal dos conflitos de interesses, de forma que a doutrina afirma que é um monopólio do Poder Estatal. Tal não é verdade, porém, na medida em que os interessados

podem adotar um meio não jurisdicional de composição dos conflitos, a saber, a arbitragem.

Aliás, a arbitragem, opção feita pelos interessados para solução dos litígios expressamente prevista em lei, é um meio alternativo de solução de litígio e, por conseguinte, de pacificação social, não afastando o controle jurisdicional. (art. 5.º, XXXV, da CF).

A atividade jurisdicional estatal está em consonância com a Lei n. 9.307/96 que reza no seu art. 1.º: "As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis". Trata-se, portanto, de mecanismo alternativo à atividade do Poder Judiciário.

1.2. Conceito

Jurisdição é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar por meio da pacificação do conflito que os envolve o maior bem jurídico do direito que é o justo. É o poder-dever de aplicação do direito objetivo conferido ao magistrado.

O Estado, por meio do processo, busca a atuação da vontade do direito objetivo. A jurisdição pode assumir três papéis:

- *poder*: a jurisdição gera um poder de império, na qual as decisões, quando não acolhidas espontaneamente, são impostas para gerar eficácia;

- *função:* expressa os encargos que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de todos os conflitos, quer interindividuais, quer difusos ou coletivos, mediante a realização do direito justo e pelo processo;
- *atividade*: a jurisdição é, ainda, um conjunto complexo e dinâmico de atos do Juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função por meio do princípio de legalidade.

É somente por meio do devido processo legal que vislumbramos o poder, a função e a atividade jurisdicional.

1.3. Garantias e Princípios da Jurisdição

Temos como garantias da jurisdição:

- *devido processo legal*: De acordo com tal garantia, fica assegurado ao indivíduo o direito de ser processado nos termos da lei, garantindo ainda o contraditório, a ampla defesa e o julgamento imparcial;
- *contraditório*: É, além de um princípio fundamental, uma garantia de audiência bilateral, gerando uma indispensável dialética que rege o processo, pois o órgão judicante não pode decidir uma questão ou pretensão sem que seja ouvida a parte contra a qual foi proposta, resguardando, dessa forma, a paridade dos litigantes nos atos processuais. Mesmo no pronunciamento do Juiz *inaudita altera pars*, há oportunidade de defesa contra quem a pretensão se dirige, inclusive gerando retratação por parte do órgão judicial;

- *Juiz Natural*: É a garantia segundo a qual todos têm direito de serem julgados por Juiz independente e imparcial. A própria Constituição proíbe os Tribunais de Exceção, isto é, aqueles instituídos para o julgamento de determinadas pessoas ou de crimes de determinada natureza sem previsão constitucional (art. 5.º, inc. XXXVII);

- *indelegabilidade*: É a garantia segundo a qual nenhum dos Poderes pode delegar atribuições. Por se tratar de questão atinente à estrutura e funcionamento do Estado, o próprio texto Constitucional fixa as atribuições de cada um dos Órgãos do Poder Judiciário, bem como do seu conteúdo, não podendo outra fonte, que não seja a própria Constituição, modificar por meio de delegação as atribuições do Poder Judiciário. Por isso, nem a lei infraconstitucional pode, muito menos os próprios Membros do Poder Judiciário, alterar seus âmbitos de atuação;

- *indeclinabilidade (inafastabilidade)*: É o princípio expresso no artigo 5.º, inc. XXXV, da Constituição, que garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, não podendo este deixar de atender a quem venha deduzir uma pretensão fundada no direito e pedir uma solução a ela. Nem em caso de lacuna ou obscuridade da lei, pode o Juiz escusar-se de proferir decisão (art. 126 do CPC). É o próprio acesso à Justiça; por conseguinte, está afastado do nosso sistema jurídico o *nom liquet*, isto é, o Juiz deixar de decidir o mérito sob qualquer pretexto;

- *ampla defesa (art. 5.º, inc. LV, da CF)*: É o princípio que assegura a todos que estão implicados no processo que, conforme o contraditório, possam produzir provas de maneira ampla, por todos os meios lícitos conhecidos;

- *fundamentação das decisões*: De acordo com tal princípio, todas as decisões precisam ser fundamentadas sob pena de nulidade. A fundamentação é indispensável para que a parte tenha elementos para recorrer – para que a parte possa ter ciência do motivo da decisão; para garantir o princípio da legalidade –, a decisão não é discricionária, sendo a subsunção do fato à norma;

- *princípio da investidura*: As pessoas físicas, representando o Estado no exercício da jurisdição, quer por agentes políticos ou por órgãos, precisam de formal investidura para que encarnem o Estado e tenham poder delegado do mesmo para o exercício da judicatura;

- *princípio da aderência ao território*: A jurisdição, por ser um poder, está sujeita à soberania, isto é, à autoridade suprema do Estado, gerando sua independência de outros, e, por óbvio, tal exercício de poder só pode ocorrer dentro dos limites físicos do território, para não ferir a soberania de outro Estado. Por isso, a decisão de um Juiz brasileiro só poderá produzir efeitos nos Estados estrangeiros com a expressa autorização dos órgãos competentes desses Estados. Da mesma forma, as decisões estrangeiras produzirão efeitos no território nacional;

- *inevitabilidade*: A autoridade dos Órgãos Jurisdicionais advém do Poder Estatal soberano e impõe-se independentemente da vontade das partes. Pouco importa se as mesmas vão ou não aceitar o resultado do processo, pois estão num sistema de sujeição ao Estado – Juiz.

- *inércia*: É o princípio que garante a imparcialidade do Juiz, pois o mesmo se mantém eqüidistante das partes, evitando-se que o mesmo tenha qualquer iniciativa na relação processual. O Juiz somente geraria mais conflitos ao invés de solucionar os já existentes.

1.4. Características da Jurisdição

- *substitutividade*: O Estado, por meio do Poder Judiciário, substitui as partes envolvidas na lide. Existem algumas exceções no processo civil, como já vimos, por intermédio da autotutela e da autocomposição. Já no processo penal, não pode haver punição sem o devido processo legal, ainda que o réu queira voluntariamente se submeter à sanção penal.

- *imparcialidade*: O Poder Judiciário instrumentaliza suas atividades por meio de seus órgãos e agentes. Para que goze de credibilidade, nem os órgãos, nem os agentes podem ter qualquer interesse no desfecho da lide, sob pena de perda do princípio da confiança que as partes têm ao se submeterem voluntária ou involuntariamente à jurisdição.

- *Escopo Jurídico de Atuação do Direito*: O objetivo da jurisdição é garantir o fiel cumprimento do direito substantivo, material, que é presumidamente do conhecimento de todos (art. 3.º da LICC), mas que deve produzir efeitos, muitas vezes, independentemente da vontade das próprias partes. Tanto que o próprio objeto da jurisdição é fazer cumprir o direito objetivo. Em última análise, tal busca é imperiosa, já que o direito objetivo reflete bens jurídicos tutelados pelo Estado de maneira hierarquizada.

- *lide*: O grande escopo da jurisdição é a solução dos conflitos de interesses, muitas vezes, pelo emprego de direitos não cristalizados ou de pretensões insatisfeitas. A jurisdição se substitui aos sujeitos em litígio e restabelece a paz social pela aplicação da norma. Também no processo penal temos lide ou controvérsia, pois de um lado temos a pretensão punitiva e do outro a busca da não incidência de sanção.

- *inércia*: Os órgãos jurisdicionais são por sua própria natureza inertes, havendo dois brocardos importantes sobre a matéria:

  – *ne procedat judex ex officio*;

  – *nemo judex sine actore*.

Se a atividade jurisdicional visa paz social, caso não houvesse inércia, poderia o próprio Estado criar mais conflitos. Ademais, o próprio órgão judicante que desse início à lide, dificilmente iria querer a extinção do processo ou a improcedência da ação, para não dar margem que deu início a algo infundado ou de forma precipitada.

No processo penal temos:

– *princípio da indisponibilidade*: o *parquet* não pode dispor da ação penal;

– *princípio da obrigatoriedade*: o MP não tem discricionariedade para intentar ação penal, adotando-se o princípio de legalidade, pois tem a obrigação de processar fatos delituosos de que tenha notícia, salvo nas hipóteses de representação.

A inércia está prevista expressamente no art. 2.º do CPC, no qual o legislador disse que o Juiz não prestará tutela jurisdicional, se não quando a parte requerer, na forma da lei. O CPP tem sua previsão no art. 24 quando diz que a denúncia será promovida pelo MP, porém, em alguns casos, dependerá de requisição do Ministro da Justiça ou de representação do ofendido. A inércia, portanto, prevalece tanto no processo civil quanto no processo penal.

Temos exceções:

– Juiz pode declarar a falência de um comerciante de ofício, na hipótese de, no transcorrer do processo de concordata, verificar que falta um requisito da mesma (art. 162, da Lei de Falências);

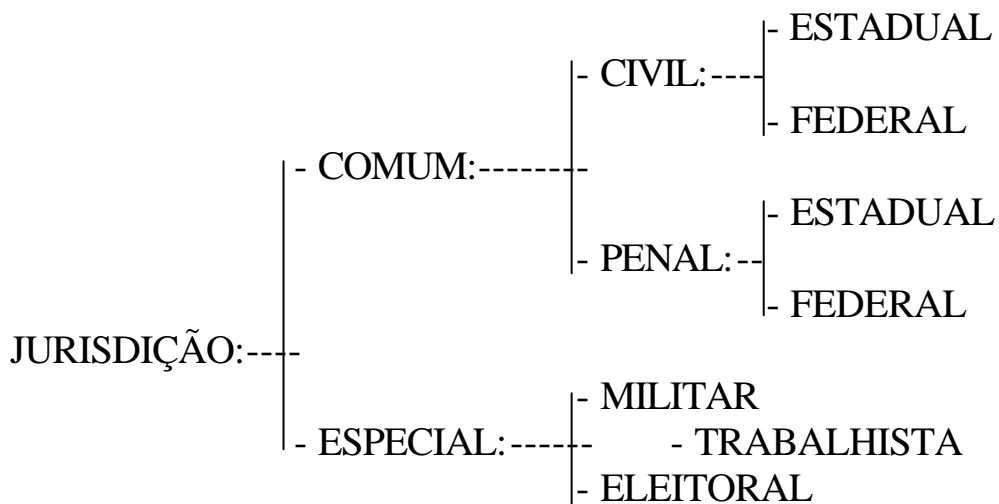
– A execução trabalhista pode ter início por ato do Juiz (art. 878, CLT);

– A execução penal pode ser instaurada de ofício, no momento em que o Juiz expede a carta de guia para o cumprimento de pena (art. 105, LEP);

– *Habeas Corpus* pode ser concedido de ofício (art. 654 do CPP);

- *definitividade*: Só os atos jurisdicionais podem ser imutáveis, não podendo serem revistos ou mudados. O próprio art. 5.º, inc. XXXVI, da CF estabelece: "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Coisa julgada é a imutabilidade dos efeitos de uma sentença, em virtude da qual nem as partes podem repropor a mesma demanda em Juízo ou comportarem-se de modo diferente daquele preceituado, nem os Juizes podem voltar a decidir a respeito, nem o próprio legislador pode emitir preceitos que contrariem, para as partes, o que já ficou definitivamente julgado. Nem os atos administrativos ou legislativos gozam de tal imutabilidade.

1.5. Divisão da Jurisdição

- JURISDIÇÃO:
  - COMUM:
    - CIVIL:
      - ESTADUAL
      - FEDERAL
    - PENAL:
      - ESTADUAL
      - FEDERAL
  - ESPECIAL:
    - MILITAR
    - TRABALHISTA
    - ELEITORAL

Por fim, temos a jurisdição voluntária, também chamada de jurisdição graciosa ou de administração, tratando-se de atividades extraordinárias do Poder Judiciário.

- *Unidade da Jurisdição*: A rigor, a jurisdição não comporta divisões, pois não há pluralidade de soberania. A jurisdição é una e indivisível, assim como o poder soberano é uno e indivisível.

- *Jurisdição Penal e Civil*: O objeto da atividade jurisdicional é uma pretensão de cunho material, como já dissemos. Apesar do objeto material ser muito variado (direito administrativo, comercial, tributário, previdenciário etc.), a tutela pode ser civil ou pode ser penal. A tutela penal é aquela que trata de pretensões punitivas e a tutela civil são todas as demais, por exclusão. São chamadas de causas não penais. Por isso, a Justiça Trabalhista tem, sob esse aspecto, natureza civil. Aliás, é esta a única que não tem nenhuma

competência penal. Já a Justiça Militar é a única que não tem nenhuma atribuição civil.

- Existe um relacionamento entre a jurisdição penal e a civil, até porque o ilícito penal não difere da civil, sendo um mero agravamento de uma preexistente ilicitude civil. Apesar de alguns Juízes terem competência civil e outros penais, existem alguns casos de duplicidade de exercício.

- *Jurisdição Especial ou Comum*: A própria CF dispõe sobre as justiças que exercem a jurisdição especial e as justiças que exercem a jurisdição comum. Entre as que exercem jurisdição especial estão: Militar (art. 122 a 124), a Eleitoral (art. 118 a 121), a do Trabalho (art. 111 a 117), e as Militares Estaduais (art. 125, § 3.º). No âmbito da jurisdição comum estão: a Justiça Federal (art. 106 a 110) e as Justiças Estaduais Ordinárias (art. 125 e 126).

- *Jurisdição Superior ou Inferior*: Os órgãos de primeiro grau são chamados órgãos de *primeira instância* e os de segundo grau de *segunda instância*. Instância é grau de jurisdição, enquanto entrância é grau administrativo das Comarcas e das carreiras de Juízes e Promotores Estaduais.

- *Jurisdição de Eqüidade*: Determina o art. 127 do CPC que o Juiz decidirá por eqüidade nos casos previstos em lei. Decidir por eqüidade é decidir sem as limitações impostas pela precisa regulamentação legal. A jurisdição de eqüidade está contraposta à jurisdição de direito e sua admissibilidade é excepcional. Nas arbitragens e processo penal é regra geral.

1.6. Limites da Jurisdição

- *Limites Internacionais*: Cada Estado, de acordo com suas normas internas, apresentam os limites de sua jurisdição. Temos como critérios:
  – *A conveniência*: cada Estado tem os seus próprios valores que independem dos valores adotados por outros Estados;
  – *Viabilidade*: cada Estado viabiliza a forma de cumprimento de sentenças.

A regra geral é que cada Estado tenha os limites de sua jurisdição, nos limites de seu território. Estão ligados ao território brasileiro: 1) quando o réu tiver domicílio no Brasil; 2) quando a obrigação deverá ser cumprida no Brasil; 3) quando o fato gerador ocorreu no Brasil; 4) quando o objeto da pretensão for um imóvel situado no Brasil, assim como os bens de inventário.

No processo penal, o princípio da territorialidade é absoluto.

Imunidades à Jurisdição Brasileira:

– os Estados estrangeiros;

– os Chefes de Estados estrangeiros;

– os Agentes diplomáticos.

- *Jurisdição Voluntária*: É a jurisdição graciosa ou de administração judicial de interesses privados. Não há jurisdição porque não há decisão do direito aplicado à lide, em substituição à vontade dos interessados. Não se assemelha à atividade jurisdicional, já que não resolve conflitos, apenas chancela, por força da lei, o que os interessados já resolveram; mas a eficácia depende dessa chancela,

isto é, da manifestação do Poder Judiciário, ainda que com mero cunho homologatório da vontade dos interessados. Não faz coisa julgada.

Além de não ser jurisdição, a mesma também não é voluntária, pois caso os interessados não recorram ao Poder Judiciário, não terão outra via para obter a eficácia da medida.

Exemplo de jurisdição voluntária é o da separação judicial consensual, em que os cônjuges, com o mesmo objetivo, vão ao Poder Judiciário para pedir manifestação, desfazendo a sociedade conjugal existente. Não há conflito. Ambos querem desfazer a sociedade conjugal por meio da separação consensual. Não basta a vontade deliberada de ambos, pois é imprescindível a homologação do Juiz.

2. DIREITO PROCESSUAL CIVIL

2.1. Direito Material e Direito Processual

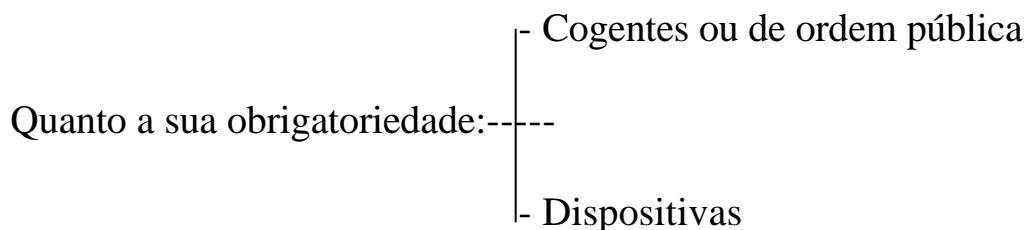
As normas jurídicas de direito material são aquelas que criam, modificam ou extinguem relações jurídicas, sendo o próprio ato jurídico, havendo, ademais, os atos ilícitos dentro do mundo do fato jurídico. Tratam das relações jurídicas que se travam no mundo empírico.

As normas jurídicas de direito processual, por sua vez, disciplinam aquilo que acontece em juízo, com a finalidade de solução da lide. É o instrumento do direito material junto ao Poder Judiciário ou Arbitragem.

Por meio do processo é que se consegue dar eficácia e efetividade à norma jurídica do direito material que foi desrespeitada por um dos sujeitos da lide. O direito material visa as relações jurídicas, com conteúdo eminentemente espontâneo. Diante do descumprimento da norma ou do inadimplemento de determinada obrigação, o direito material nada pode fazer, restando ao interessado buscar a tutela jurisdicional para seu interesse violado, o que faz por meio da provocação da atividade jurisdicional. Com a ocorrência de um dano, portanto, a aplicação do art. 159 do CC só poderá ocorrer por intermédio da ação reparatória para compelir “B” a cumprir obrigação perante “A”.

As normas jurídicas processuais, portanto, constituem o critério do proceder, enquanto as de direito material constituem o critério de julgar.

2.2. Classificação das Normas Jurídicas

Quanto a sua obrigatoriedade:
- Cogentes ou de ordem pública
- Dispositivas

A norma de processo, assim, integra-se no Direito Público, não sendo uma relação de coordenação, mas uma relação de poder e sujeição predominando o interesse público na resolução dos conflitos e controversas.

A norma processual, apesar de ter natureza de direito público, nem sempre é cogente. Apesar de não haver processo convencional, em algumas situações, a norma processual fica na dependência da vontade de uma das partes, sendo normas dispositivas. Ex.: Eleição de foro.

As normas jurídicas são, portanto, cogentes, imperativas ou de ordem pública, que se caracterizam pelas circunstâncias de deverem ser cumpridas sempre, independentemente da escolha daquele que as deva cumprimento. São regras inderrogáveis pela vontade das partes. Ex.: Regra sobre casamento.

Já as normas dispositivas ou facultativas, embora também devam ser cumpridas, podem ser afastadas, nos limites permitidos pela própria lei, pela vontade das partes. Ex.: Regime de casamento do CC.

Quanto a natureza das regras jurídicas:---
- Obrigação
- Dever
- Ônus

Obrigação: Consiste em atitudes que se devam tomar, sob pena de causar prejuízo à outra parte da relação jurídica, e que deixam de ser exigíveis, desde que cumpridas. Se deixar de ser cumprida, a omissão dará margem ao nascimento de pretensão por parte daquele a quem se deixou de cumprir a obrigação, condenando-se a prestação equivalente ou em dinheiro. Ex.: “A”

firma o compromisso de entregar coisa fungível a “B”. O inadimplemento faz com que “B” tenha o direito em receber o equivalente em dinheiro.

Dever: São normas que não se esgotam com seu cumprimento. Ao contrário, exigem que os obrigados ao seu cumprimento contínuem a vigilância, cujo relaxamento, representado pelo descumprimento do dever, determinará o lançamento de penalidade consistente em multa. A multa constitui verdadeira punição ao faltoso no cumprimento do dever.

Ônus: Consiste em condutas transitórias e determinam, em decorrência de seu não atendimento, que recaiam as conseqüências desse comportamento sobre o próprio faltoso, não causando qualquer tipo de prejuízo para o outro pólo da relação jurídica.

A grande maioria das regras processuais são ônus para as partes, cujo descumprimento desfavorece aquele que deveria cumpri-las. Ex.: Ônus do réu em responder aos termos da petição inicial ajuizada pelo autor. As conseqüências da inércia são, na maiorias da vezes, revelia.

Natureza da Norma Processual: Norma processual é Direito Público, normalmente cogente com caráter eminentemente técnico. A tecnicidade decorre da instrumentalidade do direito material, absorvendo os princípios básicos de ordem ética e política que orientam o ordenamento jurídico por ele integrado, visando pacificar e fazer justiça.

2.3. Características das Normas Processuais

- *Direito Processual (Não material)*: As regras processuais não são materiais, pois dizem respeito à atividade jurisdicional (no processo).

- *Normas de Direito Público*: São normas decorrentes da soberania Estatal, como já dissemos, de forma que não têm cunho privado, pois estabelecem critérios para a atividade jurisdicional.

- *Normas Obrigatórias*: São normas geralmente cogentes, imperativas ou de ordem pública, não podendo as normas serem afastadas pela vontade das partes. Nem a escolha da arbitragem afasta as regras processuais. O que ocorre é as partes se valerem de regras processuais próprias do sistema arbitral, as quais também não poderão afastar por sua vontade. Há uma opção entre as normas de ordem pública do processo judicial e as regras de ordem pública do processo arbitral.

- *Normas que Estabelecem Ônus*: As regras processuais implicam em ônus, pois o descumprimento traz um peso para aquele que deveria cumpri-la. Há poucos deveres no âmbito das leis processuais, entre os quais o dever de lealdade e urbanidade (art. 14 e 15 do CPC).

- *Normas Autônomas*: Sob o ponto de vista epistimológico, o Direito Processual Civil é autônomo em relação ao Direito Civil. Sob o prisma científico, portanto, os princípios do processo são próprios em relação aos do Direito Civil. Assim, trata-se de uma ciência o processo civil, sob o aspecto teórico prático autônomo.

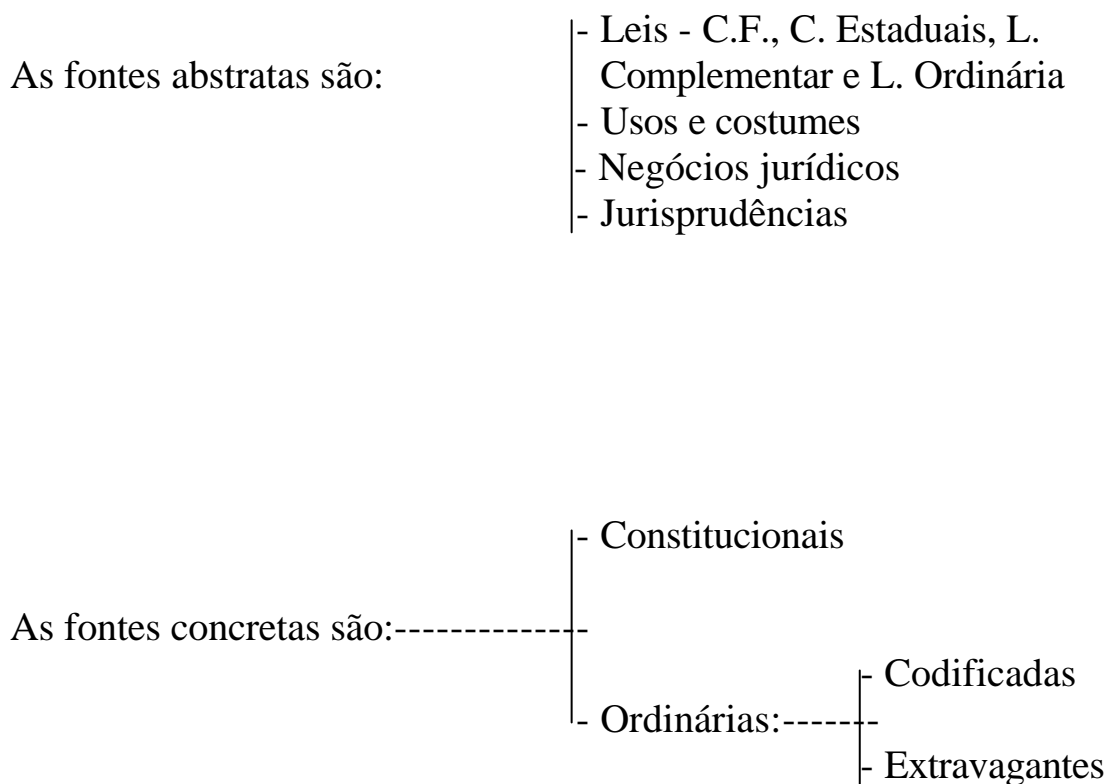
- *Norma Interdependente*: Sob o ponto de vista ontológico, isto é, sob o prisma da essência do Direito, ou seja, do estudo e do conhecimento em si mesmo, o processo civil é interdependente do Direito Civil. Isto porque o Direito Material e o Direito Processual estão ligados, já que o processo só existe em função do Direito Civil, sendo um instrumento para que o mesmo seja integralmente cumprido. A razão de ser do processo Civil é o Direito Civil.

2.4. Fontes da Norma Processual

Normas processuais são fontes formais do direito, os meios de formação ou produção da norma jurídica, visando a integração do sistema processual.

Temos fontes abstratas e concretas das normas processuais.

As fontes abstratas são:
- Leis - C.F., C. Estaduais, L. Complementar e L. Ordinária
- Usos e costumes
- Negócios jurídicos
- Jurisprudências

As fontes concretas são:
- Constitucionais
- Ordinárias:
  - Codificadas
  - Extravagantes

A CF, como fonte concreta, contém normas de superdireito (fontes formais legislativas das normas processuais).

A legislação ordinária é o CPC, o CPP, as Leis de Pequenas Causas, etc.

3. PRINCÍPIOS

3.1. Princípios da Isonomia

As partes são tratadas igualmente perante a lei, na medida de suas desigualdades. Para o tratamento desigual aos desiguais, deve haver fundamentação, como a desigualdade núbia (18 anos para homens e 16 para mulheres), que não fere o princípio da isonomia, devido ao fato de estar comprovado na medicina que as mulheres amadurecem antes dos homens.

Alguns artigos do CPC causam dúvidas quanto ao princípio da isonomia, quais sejam: arts. 100, I; 188; 191.

3.1.1. Art. 100, I, do CPC

Nas ações de separação, divórcio ou conversão, deve-se observar o foro domiciliar da mulher (foro privilegiado). O STJ se pronunciou dizendo que este artigo não ofende o princípio da isonomia, porque, em alguns Estados ou cidades pequenas, a mulher ainda tem algumas limitações quanto ao acesso à Justiça, tendo em vista a situação patriarcal nesses locais.

3.1.2. Art. 188, do CPC

Quando o MP ou a Fazenda Pública forem partes no processo, terão prazo em quádruplo para contestar e prazo em dobro para recorrer. Este artigo não fere o princípio da isonomia, porque os processos em que figuram como partes são de interesse público, e também devido à quantidade de processos nos quais eles devem se manifestar. De acordo com este artigo, a interpretação

deve ser ampliada, tendo o MP um prazo maior, sendo parte ou figurando como *custos legis*.

Deve-se observar ainda que, embora esteja escrito "prazo para contestar", deve-se ler "prazo para responder". O MP e a Fazenda Pública, então, têm prazo em quádruplo para contestar, reconvir ou opor exceção. Para oferecer contra-razões de recurso, no entanto, eles possuem prazo simples, tendo em vista o art. 188 referir-se apenas aos recursos.

No caso de sucumbência recíproca, se a parte recorrer no prazo simples de 15 dias, o MP e a Fazenda Pública, para interpor recurso adesivo, deverão seguir a regra geral dos recursos adesivos, ou seja, o prazo para contra-razões (15 dias).

Na expressão "Fazenda Pública", disposta neste artigo, estão inseridas as pessoas jurídicas de direito público, ou seja, a União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias públicas e fundações públicas.

3.1.3. Art. 191 do CPC

Quando houver litisconsórcio no processo e os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, os prazos serão contados em dobro. Este artigo não fere o princípio da isonomia porque, se existem advogados diversos, estes deverão consultar os autos para responder, logo deverão ter um prazo maior, tendo em vista que os autos não poderão estar com dois advogados em um mesmo momento.

3.2. Princípio do Contraditório

As partes devem ter ciência de todos os atos e termos do processo e oportunidades de se defenderem. A CF estendeu a regência do princípio do contraditório aos processo administrativos.

Em um processo, *prova emprestada* consiste em utilizar prova que foi usada em outro processo. No Brasil, admite-se a prova emprestada, desde que seja empregada contra alguém que tenha participado diretamente de sua produção, em respeito ao Princípio do Contraditório.

3.3. Princípio da Demanda

Relativo à propositura da ação. O Juiz não age de ofício. Deverá aguardar a provocação das partes, ficando vinculado aos fundamentos trazidos por elas na peça inicial (causa de pedir).

3.4. Princípio Dispositivo

Relativo à produção de provas. Quando uma ação versar sobre direito disponível, cabe às partes produzirem as provas, trazendo elementos para o convencimento do Juiz. Não é função do Juiz determinar produção de provas que não forem requeridas pelas partes. O CPC, no entanto, em seu art. 130, dispõe que o Juiz poderá determinar a produção de provas de ofício, ainda que a ação verse sobre direito disponível.

3.5. Princípio da Imparcialidade do Juiz

A imparcialidade do Juiz é uma garantia de justiça para as partes. Para que essa imparcialidade seja assegurada, a CF estipulou garantias aos Juízes, prescreveu-lhes vedações e proibiu Juízos e Tribunais de Exceção (art. 5.º, XXXVII, da CF/88).

Tribunais de Exceção: são aqueles que têm competência estabelecida após a ocorrência do fato e têm por finalidade julgar um caso que ocorreu antes de sua competência.

Juiz Natural: é identificado com observância das regras de competência preestabelecidas por lei.

Promotor Natural: o STF decidiu pela existência do princípio do Promotor Natural.

3.6. Princípio da Oralidade

A maior parte dos termos e atos do processo são orais. Essa oralidade, no entanto, é relativa, visto que os atos praticados oralmente são imediatamente reduzidos a termo. No regime dos Juizados Especiais Cíveis, a oralidade é mais intensa, visto que são poucos os atos reduzidos a termo, havendo, inclusive, a utilização de gravações em fita K7 dos atos praticados oralmente.

Há quatro subprincípios que têm em comum a mesma finalidade, qual seja, fazer com que o Juiz fique o mais próximo possível da instrução, da colheita de provas. São eles:

- *Imediação*: é o Juiz do processo quem colherá as provas. Em casos de carta precatória ou carta rogatória não será possível, no entanto, que o Juiz do processo acompanhe as provas. Essa produção de provas por carta é uma exceção ao princípio da imediação. Todo e qualquer tipo de prova poderá ser realizado por carta;

- *Identidade física do Juiz (art. 132 do CPC)*: o Juiz que encerrar a instrução estará vinculado ao processo, ficando obrigado a proferir a sentença, ainda que não esteja mais na Comarca. Quando o Juiz preside uma audiência em que haja produção de provas, ficará vinculado ao julgamento. Existem cinco situações em que o Juiz se desvincula do processo. Ocorre quando:

  – é convocado para atuar como auxiliar dos Órgãos Superiores (os integrantes do Conselho Superior da Magistratura são o Desembargador Presidente, o Desembargador 1.º Vice-Presidente e o Desembargador Corregedor Geral; os 25 Desembargadores mais antigos integram o Órgão Superior da Magistratura);

  – é licenciado por motivo de doença (licença paternidade ou maternidade não desvincula o Juiz);

  – é aposentado;

  – é promovido;

  – é afastado.

- *Concentração*: a audiência de instrução no processo civil é sempre una e indivisível. Isto não significa que a audiência deverá ser feita no

mesmo dia. Se houver necessidade de nova data, será marcada uma audiência em continuação;

- *Irrecorribilidade das decisões interlocutórias*: como regra geral, o recurso contra as decisões interlocutórias não tem efeito suspensivo.

4. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS

São as garantias do devido processo legal, expressamente consagradas no artigo 5.º, LIV, da CF ao afirmar: "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Temos como garantias específicas:

- Juiz Natural - vedação aos juízos ou Tribunais de exceção;
- Contraditório e ampla defesa;
- Igualdade processual - princípio de isonomia;
- Publicidade e dever de motivar as decisões judiciárias;
- Inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos;
- Inviolabilidade de domicílios (art. 5.º, XI);
- Sigilo das comunicações em geral e de dados (art. 5.º XII);
- Presunção de não-culpabilidade do acusado (art. 5.º, LVIII);

- Vedação da identificação criminal datiloscópica (art. 5.º, LVIII);
- Prisão por autoridade competente;
- Direito à liberdade provisória com ou sem fiança (art. 5.º, LXVI);
- Vedação da incomunicabilidade do preso (art. 5.º, LXIII).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

1 - ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA (1)

Supremo Tribunal Federal
Superior Tribunal de Justiça
Justiça Comum
Justiça Especial
Federal
Estadual
Trabalho
Eleitoral
Militar
Trib. Reg. Federal
Tribunal de Justiça
Tribunal de Alçada
TST
TSE
STM
Juizes Federais
Juizes Estaduais
Turmas Recursais
TRT
TRE
Auditorias Militares
Tribunal do Júri
Juizados Especiais
Juntas de Conc. e Julgamento
Juizes Eleitorais

(1) As linhas correspondem à estrutura recursal

* Quadro Extraído do "Curso Avançado de Processo Civil" – Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida E Eduardo Talamini - Vol. 1, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento – 2.ª Edição, Editora RT, p. 78

1.1. Introdução

Já vimos que as leis processuais discorrem sobre o exercício da jurisdição. Já as normas de organização judiciária visam regular o funcionamento orgânico, estrutural, do Poder Judiciário regrando serviços auxiliares, atribuindo funções e dividindo a competência dos órgãos, quer colegiados, quer singulares propriamente ditos. Portanto, a estrutura organizacional do Poder Judiciário está organizada por normatização específica. São normas da Administração da Justiça.

Tais normas discorrem, como já falamos, sobre tudo que diga respeito à administração da justiça. Estabelece todos os órgãos judiciais, a estrutura de cada um, fixa requisitos para investidura na carreira judiciária, dispõe sobre todos os efeitos administrativos para Juizes e tribunais (período de férias, forma de pagamento, estrutura funcional, estabelece números de funcionários por cartório, etc.).

As regras de organização judiciária são:

- CF;
- Constituições Estaduais;
- Leis de Organização Judiciária dos Estados;
- Lei Orgânica da Magistratura;
- Regimentos Internos dos Tribunais.

Adotamos o princípio da jurisdição una, já que não possuímos o contencioso administrativo no Brasil, sendo toda a função jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário. Só os tribunais podem garantir o cumprimento dos direitos fundamentais descritos na CF. O Poder Judiciário é uno, sendo una a sua função jurisdicional, segundo o princípio *una lex una jurisdictio*.

1.2. Funções do Poder Judiciário e Função Jurisdicional

Nem toda a atividade jurisdicional está confiada ao Poder Judiciário e nem toda atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário é jurisdicional. A tripartição clássica não é rígida. Isso porque o Executivo legisla e o Legislativo julga, tendo o Judiciário funções legislativas e administrativas também. Ex.: o Senado Federal julga o Presidente da República por crime de responsabilidade. No Brasil não existe o contencioso administrativo, pois os tribunais administrativos não tem função jurisdicional, tanto que suas decisões são sempre revistas pelo Poder Judiciário.

O judiciário possui atividade legislativa até porque tem iniciativa de leis de organização judiciária, elaborando ainda seus Regimentos Internos (arts. 93, 96 e 125 da CF). O judiciário exerce funções administrativas, por exemplo, em relação ao seu corpo funcional (art. 96, da CF).

Concluindo, o judiciário exerce sua função típica, que é julgar, e exerce outras funções atípicas, que é legislar e administrar. Da mesma maneira procedem os demais Poderes.

1.3. Órgãos do Poder Judiciário

Dispõe o art. 92 da CF: “São órgãos do Poder Judiciário:

I - O Supremo Tribunal Federal;

II - O Superior Tribunal de Justiça;

III - Os Tribunais Regionais Federais e Juizes Federais;

IV - Os Tribunais e Juizes do Trabalho;

V - Os Tribunais e Juizes Eleitorais;

VI - Os Tribunais e Juizes Militares; Tribunais e Juizes dos Estados, do Distrito Federal e Território”.

O art. 24, X, CF, prevê os Juizados Especiais de Pequenas Causas. Temos ainda no art. 98 da CF os Juizados Especiais para Causas Cíveis de Menor Complexidade e Infrações Penais de Menor Potencial Ofensivo, sendo os recursos julgados por Turmas de Juizes de Primeiro Grau (art. 98, I, CF). Por fim, temos a Justiça de Paz, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto para celebrar casamentos, com mandato de quatro anos (art. 98, II, CF).

1.4. A Independência e Garantias do Poder Judiciário

Só a independência e imparcialidade garantem ao Poder Judiciário a função de guardião da liberdade e direitos individuais.

Para evitar que o Poder Judiciário seja influenciado pelos outros Poderes e para que o mesmo se mantenha eqüidistante, independente, resguardando o Estado Democrático de Direito, é garantida sua independência política nas garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, além das vedações e exercícios de determinadas atividades pelo Juiz.

Vemos ainda a independência jurídica dos Juizes, não havendo qualquer subordinação hierárquica no desempenho de suas atividades jurisdicionais. O Juiz tem liberdade de convencimento, de consciência, o que não significa discricionariedade, pois deve sempre subsumir a hipótese sob apreciação da lei.

A Constituição garante ao Poder Judiciário o autogoverno, possuindo organização e regulamentação autônoma. Possui o Poder Judiciário autonomia administrativa e financeira, já que tem a prerrogativa de elaborar a sua proposta orçamentária (art. 99, CF).

Entre as garantias dos Juizes temos duas espécies:

- Garantias propriamente ditas (de independência):

_ *Vitaliciedade*: O Magistrado só perde o cargo por sentença judicial (art. 95, I, da CF). Os demais funcionários públicos tem estabilidade, pois podem perder o cargo por procedimento administrativo (art. 41, § 1.º, da CF). A vitaliciedade só é adquirida após dois anos de exercício, ultrapassado o estágio probatório;

_ *Inamovibilidade*: Não é possível, sem anuência do próprio Juiz, a sua remoção de um lugar para outro (art. 95, II, CF). Abrangem a inamovibilidade o grau, a sede, a comarca ou a seção judiciária, o cargo e o tribunal. Nem a promoção pode ocorrer sem a vontade do Juiz. Excepcionalmente, a anuência pode ser suprida apenas em caso de interesse público e com votos de dois terços dos membros do tribunal (art. 93, VIII, da CF).

_ *Irredutibilidade de vencimentos*: Os vencimentos não podem ser reduzidos, porém é possível a incidência de tributos sobre os vencimentos.

- Garantias de Imparcialidade: Para haver imparcialidade, existem alguns impedimentos, vedações, podendo o Juiz exercer apenas uma função de magistério, ainda que em disponibilidade (art. 95, par. ún., CF).

1.5. Organização Judiciária e Constituição Federal

As leis da organização judiciária visam estabelecer normas sobre a constituição dos órgãos encarregados do exercício da jurisdição. São normas sob a administração da justiça. Já as leis processuais apresentam normas sobre a atuação da justiça, estabelecendo os procedimentos.

As normas de organização judiciária indicam quais e quantos são os órgãos jurisdicionais, apresentando a estrutura de cada um, requisitos para a investidura e dividindo o território nacional em circunscrições. É o regime legal da constituição orgânica do Poder Judiciário.

Temos como conteúdo da Organização Judiciária:

- Magistratura;
- Duplo Grau de Jurisdição;
- Composição dos Juízos;
- Divisão Judiciária;
- Épocas para trabalho forense.

Magistratura: É o conjunto dos Juizes, Desembargadores, e Ministros que integram o Poder Judiciário. Só os Juizes togados se consideram Magistrados, excluindo os Juizes de fato (jurados), os Juizes classistas (em

extinção), e os Juizes de Paz. Nem os membros do MP fazem parte da Magistratura. A Magistratura é organizada em carreira.

A carreira tem início por meio de concurso público de provas e títulos, não adotando o Brasil o sistema de co-optação (escolha pelos próprios membros do judiciário), também não adotando o sistema de eleição, só admitindo a indicação, como veremos abaixo, para Ministros.

A nomeação para Ministros do STF, STJ e STM se faz mediante livre vontade do Presidente da República com aprovação do Senado Federal (arts. 101 e 103 da CF).

Temos ainda a figura do "Quinto Constitucional", hipótese em que membros do *parquet* e advogados passam a integrar os tribunais estaduais por intermédio de uma escolha discricionária do Governador do Estado, adotando como parâmetro uma lista tríplice oferecida pelo próprio tribunal (Órgão Especial), lista esta originariamente sêxtupla e proveniente do próprio MP e da OAB.

Composição dos Juízos: Normalmente os Juizes de primeiro grau da justiça são monocráticos (um só Juiz), já os órgãos superiores são colegiados.

1.6. Supremo Tribunal Federal

O STF, chamado Corte Constitucional, é o órgão de cúpula do Poder Judiciário no Brasil. Surgiu após a proclamação da República, pelo Dec. n. 848, de 11.11.1890. Tem por objeto primordial velar pela integridade e fiel cumprimento da ordem constitucional por meio de seus princípios e regras. O art. 102 da CF disciplina sua competência.

Somente dois tribunais não pertencem a qualquer das justiças, o STF e STJ. Não visam julgar recursos ordinários. Têm competência originária e são órgãos de superposição, isto é, julgam recurso interpostos em causas que já tenham exaurido todos os graus da justiça nas justiças comuns e especiais. O STF julga recurso extraordinário e o STJ recurso especial. Somente visam questões de direito, nunca de fato. Somente tratam de direito federal (normas de fontes federais), nunca estaduais.

O STF é o ápice da estrutura judiciária nacional. É a máxima instância de superposição. Tem como função precípua manter a eficácia e efetividade da Constituição e sua unidade substancial em todo o país.

Não temos uma corte constitucional como em outros sistemas europeus, com controle concentrado de todas as questões constitucionais. Temos um controle difuso da constitucionalidade, feita de maneira fragmentárias pelos Juizes no âmbito de suas atribuições e competências. O STF exerce um controle concentrado por meio da ação direta de inconstitucionalidade.

Compete ao STF julgar:

- ação declaratória de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual perante a CF (art. 103 da CF);
- recurso extraordinário interposto contra decisões que contrariem dispositivo constitucional;
- mandado de injunção contra o Presidente da República ou altas autoridades federais.

O STF também tem competência originária, sendo o tribunal único, especial e de primeiro grau para algumas causas (art. 102, I, “b”, da CF). Ex.: infrações penais do Presidente da República.

A escolha de um Ministro do STF, conforme o art. 101 da CF, ocorre entre brasileiros natos (art. 12, § 3.º, XII, CF), no pleno gozo de seus direitos políticos, entre cidadãos de no mínimo 35 e no máximo 65 anos de idade, com reputação ilibada e notável saber jurídico.

Os Ministros tem todas as garantias e impedimentos dos Juizes togados, sendo julgados pelos crimes de responsabilidade pelo Senado Federal e por crimes comuns pelo próprio STF (art. 52 e 102 da CF).

O STF é dividido em duas turmas com cinco Ministros em cada , além das reuniões de plenário.

1.7. O Superior Tribunal de Justiça

Foi criado com a CF de 1988, funcionando como órgão destinado a julgar, em última instância, matéria relativa ao direito federal infraconstitucional. Dá a palavra final sobre todas as matérias que se refira ao direito federal. Sua competência está no art. 105 da CF.

O STJ somente está abaixo do STF e tem competência em todo o território nacional. Está relacionado com as justiças comuns, exercendo a jurisdição comum, lhe cabendo causas regidas por direito substancial comum, não estando afeto as justiças substanciais especiais (eleitoral, trabalhista, tribunal militar).

É o órgão de cúpula da justiça federal, comum no âmbito administrativo e orçamentário (art. 105, par. ún., da CF).

É um órgão de superposição e não diz rigorosamente a ultima palavra sobre todas as causas, julgando causas que já foram exauridas pelas instâncias

das justiças. Também possui competência originária. É um tribunal unificador do direito.

Defendendo a lei federal, julga os recursos contra as decisões dos Tribunais de Justiça, Tribunais de Alçada, Tribunais Regionais Federais (rt. 105, III, "a", da CF), julgando lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal (letra "b").

O STJ é um unificador da interpretação do direito, cabendo-lhe rever as decisões que deram à lei federal, interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (art. 105, III, "c").

O STJ tem, no mínimo, 33 Ministros. A composição é heterogênea, já que um terço dos Ministros são nomeados entre Juizes dos TRFs, um terço entre Desembargadores, e um terço entre advogados e membros do *parquet*. A escolha é feita pelo Presidente da República a partir de listas elaboradas na forma constitucional, sendo a nomeação feita depois da aprovação pelo Senado Federal. As condições para ser Ministro do STJ são as mesmas condições para ser Ministro do STF, exceto tratar-se de brasileiro nato, bastando ser brasileiro (art. 12, § 2.º, da CF). Tem as mesmas garantias e limitações dos togados.

1.8. Tribunais e Juizes dos Estados

Na organização das Justiças dos Estados e do Distrito Federal temos:

- Juizes de Direito: órgão de primeiro grau (togados e vitalícios);
- Tribunais de Alçada e Tribunal de Justiça;
- Juizados Especiais Cíveis e Criminais (togados e leigos);
- Juizes de Paz;

- Tribunal do Júri (art. 5.º, XXXVIII, da CF).

A Administração Superior do judiciário é exclusiva do Tribunal de Justiça, por intermédio do Conselho Superior da Magistratura, órgão disciplinar sobre todos os Juizes, inclusive os de Alçada. Temos também o Órgão Especial do Tribunal de Justiça, composto, em São Paulo, pelos 25 Desembargadores mais antigos, o qual concentra as decisões administrativas.

Os tribunais são divididos em câmaras. As câmaras se reúnem em grupos de câmaras. A reunião de todas as câmaras de um tribunal leva o nome de Tribunal Pleno.

O Juiz de primeiro grau trabalha numa divisão chamada de Comarca. Comarca é o foro em que tem competência o Juiz de primeiro grau, isto é, o seu território (abrange mais de um Município ou Distrito). Em cada comarca haverá um ou mais juízos (Ofícios Judiciários e Varas).

Classificação das Comarcas: No Estado de São Paulo temos quatro Entrâncias, sendo três numeradas ordinalmente (1.ª, 2.ª e 3.ª) e a da capital que é Entrância Especial. A numeração ordinal é atribuída em ordem crescente de importância, e a classificação é feita segundo os critérios do movimento forense, população, número de eleitores e receita tributária.

Carreira da Magistratura – Temos os seguintes cargos:

- Juiz Substituto;
- Juiz de Direito de Primeira Entrância;
- Juiz de Direito de Segunda Entrância;
- Juiz de Direito de Terceira Entrância (ou Juiz Auxiliar da Capital);
- Juizes de Direito de Entrância Especial;

- Juizes de Tribunal de Alçada;
- Desembargador.

O ingresso é feito mediante concurso de provas e títulos, com uma comissão composta de três Desembargadores e um representante da OAB. Temos o ingresso na Magistratura por advogados e membros do MP que realizam uma lista sêxtupla. A lista passa para o Tribunal de Justiça que a torna tríplice, indo ao Governador para nomeação do cargo chamado de Quinto Constitucional.

Justiça Militar Estadual: Somente nos estados onde o efetivo da polícia militar supere 20.000 integrantes é que pode ser criado o Tribunal de Justiça Militar, segundo grau da Justiça Militar Estadual, que tem no Conselho de Justiça o seu primeiro grau de jurisdição. Em casos que o efetivo é inferior, o julgamento é de competência do Tribunal de Justiça do referido estado. A competência está estabelecida no art. 125, § 3.º, da Carta Magna, e diz respeito aos crimes militares dos integrantes da polícia militar estadual, qualquer que seja sua patente. A competência é só penal, não tendo qualquer competência civil.

1.9. Tribunais Regionais Federais e Juizes Federais

Temos Órgãos Judiciários Federais e Órgãos Judiciários Estaduais (e Distrital). A estrutura da Justiça Federal é composta:

- Juizes Federais: órgãos de primeiro grau;
- TRFs (divididos por regiões): órgãos de segundo grau;
- STJ e STF: órgãos de terceiro grau.

A justiça federal comum foi criada antes da CF de 1891. Foi extinta pela CF de 1937. A CF de 1946 criou o Tribunal Federal de Recursos. As causas eram julgadas em primeiro grau por Juizes Estaduais das capitais dos estados, nas Varas Privativas da Fazenda Nacional. Foi o Ato Institucional n. 2, de 27.10./65, que restabeleceu a justiça federal com a criação dos juízos federais inferiores. Eram três Tribunais Federais de Recursos: Distrito Federal, São Paulo e Recife. Só o do Distrito Federal chegou a funcionar. A CF de 1988 eliminou os Tribunais Federais de Recursos (com competência sobre todo o território nacional) e instituiu os TRFs.

A justiça federal de primeiro grau de jurisdição é representada pelos juízos federais que se localizam em todos os estados e no distrito federal. Há um Tribunal do Júri em cada estado. O território brasileiro é distribuído em sessões judiciárias, uma no distrito federal e uma em cada estado. As sessões estão em regiões e são cinco. Variam o número de Varas por sessões.

Justiça Militar da União: Tem competência exclusivamente penal. Tem como órgãos:

- Os Conselhos de Justiça Militar (primeiro grau);
- Superior Tribunal Militar (segundo grau). Este tem competência para todo o território nacional e é composto de quinze Ministros, todos brasileiros. A nomeação é feita pelo Presidente da República após a aprovação do Senado Federal, sendo dez militares das três Armas, e cinco civis (dois auditores e membros do *parquet*).

1.10. Justiça do Trabalho

A competência está disposta no art. 114 da CF, onde vemos: "Compete à Justiça do trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da Administração Pública direta e indireta dos municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas".

São órgãos da Justiça do Trabalho (art. 111 da CF):

- Juntas de Conciliação e Julgamento (primeiro grau);
- Tribunais Regionais do Trabalho (segundo grau);
- Tribunal Superior do Trabalho (terceiro grau).

Superior Tribunal do Trabalho: É o órgão de cúpula dessa justiça especial, com sede em Brasília e com competência em todo o território nacional. É composto de vinte e sete Ministros.

Tribunais Regionais do Trabalho: Compostos pelos Juizes nomeados pelo Presidente da República (arts. 112 e 115, CF).

Varas do Trabalho: De acordo com a EC n. 24, de 09.12.1999, a antiga Junta de Conciliação e Julgamento se tornou uma Vara do Trabalho, ocupada por um Juiz singular, passando cada Vara a ter por base territorial a comarca em que está sediada. Algumas Varas abrangem mais de uma comarca. Outras vezes temos mais de uma Vara numa única comarca.

1.11. Justiça Eleitoral

A competência da Justiça Eleitoral não foi apresentada pela CF, tendo sido recepcionado o Código Eleitoral pelo texto constitucional. Tem como órgãos:

- Juizes Eleitorais (primeiro grau);
- Tribunais Regionais Eleitorais (segundo grau);
- Superior Tribunal Eleitoral (terceiro grau).

Tribunal Superior Eleitoral: Órgão máximo da Justiça Eleitoral, com sede no Distrito Federal. Tem sete Ministros. Três do STF, dois do STJ e dois advogados, escolhidos pelo Presidente da República, de uma lista sêxtupla elaborada pelo próprio STF.

Tribunais Regionais Eleitorais: Composto de sete Juizes. Dois Desembargadores do Tribunal de Justiça, dois Juizes Estaduais, um Juiz do TRF e dois advogados nomeados pelo Presidente da República (indicação pelo Tribunal de Justiça em lista sêxtupla). Tem competência originária e recursal.

Juizes Eleitorais: São Juizes de Direito Estaduais vitalícios que exercem jurisdição nas zonas eleitorais. Tem competência eleitoral, civil e penal, além do cargo administrativo.

Juntas Eleitorais: É formada no período de eleição pelo Juiz Eleitoral e mais dois ou quatro cidadãos de notória idoneidade, nomeados pelo Presidente do Tribunal Regional. Está limitada a decidir questões administrativas no período eleitoral.

2. COMPETÊNCIA

2.1. Considerações Gerais

Os Juizes são dotados de jurisdição e têm um limite, uma medida para esta jurisdição, que é chamada de competência.

O CPC define foro como sendo o mesmo que comarca. Portanto, para fins de estudo de processo civil, onde se diz foro se quer dizer comarca (cada comarca é um foro). Entretanto, a Lei de Organização Judiciária, que é uma lei de âmbito estadual, dividiu as comarcas de grande porte em várias unidades administrativas e a cada uma delas deu o nome de foro. Não se deve confundir, portanto, o foro definido no CPC e o foro definido na Lei de Organização Judiciária.

As diversas varas que se situam dentro de um foro o CPC denominou de “juízos”. Portanto, aquilo que a Lei de Organização Judiciária chamou de foro, se fosse aplicada a nomenclatura do CPC, deveria ser chamado de “juízo”

Então, ainda que a Lei de Organização Judiciária utilize nomenclatura diversa, “foro” será utilizado para denominar comarca, e “juízo” para denominar as diversas varas que se situam no foro.

2.2. Critérios para Apurar a Competência

O CPC utiliza três critérios para a apuração da competência:

- critério objetivo;
- critério territorial;

- critério funcional.

O CPC fornece os dados para identificar o foro competente, porém, para apurar o juízo competente, utiliza-se a Lei de Organização Judiciária.

2.2.1. Critério objetivo

O critério objetivo se subdivide em razão da matéria e em razão de valor da causa. O critério objetivo em razão da matéria é uma regra de competência absoluta. Quando o valor da causa é utilizado para identificar competência, é uma regra de competência relativa (art. 102 do CPC).

A Lei de Organização Judiciária do Estado de São Paulo também dispõe que o valor da causa serve para apurar competência do juízo, entretanto, quando o valor da causa é utilizado para identificar a competência do juízo, será uma regra de competência absoluta.

Nos dias de hoje não há nenhuma hipótese em que o foro seja identificado pelo valor da causa. Não há nenhuma situação concreta na lei que utilize o valor da causa para identificar o foro competente.

Portanto, hoje, todas as regras de competência que utilizam o valor da causa para identificar a mesma são regras de competência absoluta, visto que são regras para identificar o "juízo" competente.

2.2.2. Critério territorial

A competência territorial, de ordinário, é uma regra de competência relativa. Utiliza, normalmente, o domicílio de réu para identificar a competência territorial.

2.2.3. Critério funcional

A competência funcional se desdobra em competência hierárquica e competência em razão do bom funcionamento do judiciário.

Algumas ações devem correr perante as instâncias superiores. Esta é a competência hierárquica, que é uma regra de competência absoluta.

Há algumas ações especificas que seriam mais bem julgadas por determinados Juizes (ex.: uma execução correria melhor no mesmo juízo em que correu a ação principal). Estas são regras de competência em razão do bom funcionamento do juízo, e são regras de competência absoluta.

2.4. Competência Internacional

A primeira coisa que se deve verificar é se a ação será proposta na justiça brasileira ou na justiça estrangeira. As regras de competência internacional encontram-se nos arts. 88 e 89 do CPC. As hipóteses do art. 88 são de competência concorrente e as hipóteses do art. 89 são de competência exclusiva da justiça brasileira.

Nos casos das hipóteses do art. 89, se a ação correu e foi processada perante a justiça estrangeira, trazida para homologação, o STF negará a mesma, fundamentando que a ação é de competência exclusiva da justiça brasileira. Em se tratando das hipóteses do art. 88, a sentença proferida na justiça estrangeira poderá ser trazida para homologação perante o STF, tendo em vista que, nestas hipóteses, a ação poderá ser proposta tanto na justiça estrangeira quanto na justiça brasileira.

As hipóteses que não estiverem previstas como de competência concorrente ou exclusiva (hipóteses previstas nos arts. 88 e 89 do CPC), serão

hipóteses de competência exclusiva da justiça brasileira. Havendo uma ação de competência exclusiva da justiça estrangeira proposta na justiça brasileira, tal processo deverá ser extinto e a parte deve ser aconselhada a propor a ação na justiça competente.

P.: Suponha que numa hipótese de competência concorrente, foi proposta uma ação na justiça brasileira e a mesma ação na justiça estrangeira; a ação da justiça estrangeira foi anterior. A ação proposta na justiça estrangeira já tem sentença com trânsito em julgado, enquanto a ação na justiça brasileira ainda está em andamento. Qual das sentenças será válida?

R.: Enquanto a sentença estrangeira não for trazida para homologação no STF, será inexistente na justiça brasileira. A partir do momento que a sentença estrangeira foi homologada pelo STF, produzirá os efeitos de coisa julgada e a ação que está em andamento na justiça brasileira deverá ser extinta. Se a sentença estrangeira não for trazida para homologação e na ação que estiver correndo na justiça brasileira for proferida sentença com trânsito em julgado, esta última é a que terá validade.

O STF não poderá homologar uma sentença estrangeira com modificações.

Um dos requisitos para que o STF homologue uma sentença estrangeira é que esta não encontre óbice no ordenamento jurídico brasileiro ou em sentença brasileira com trânsito em julgado.

2.4.1. Competência concorrente (art. 88 do CPC)

- Réu com domicilio no Brasil.
- Ações que envolvam obrigações cujo cumprimento deve-se fazer no Brasil.

- Ações fundadas em atos ou fatos ocorridos no Brasil.

2.4.2. Competência exclusiva (art. 89 do CPC)

- Ações que envolvam bens imóveis situados no Brasil.

2.5. Competência Originária dos Tribunais Superiores

Sendo a ação de competência da justiça brasileira, deve-se observar se a ação é de competência originária dos Tribunais Superiores. As regras de competência originária dos Tribunais Superiores estão dispostas na CF/88.

2.6. Competência das Justiças Especializadas

Se a ação não for de competência originária dos Tribunais Superiores, deve-se verificar se a competência para propor a ação é das Justiças Especializadas (Justiça Eleitoral, Trabalhista ou Militar).

2.7. Competência da Justiça Comum

Não sendo a ação de competência das Justiças Especializadas, deve-se verificar se a ação é de competência da Justiça Federal ou da Justiça Estadual.

Sempre que houver a participação da União, das autarquias federais, as fundações públicas federais e empresas públicas federais, a competência será deslocada para a Justiça Federal. As sociedades de economia mista federais não deslocam a competência para a Justiça Federal.

Questões:

- Caixa Econômica Federal (autarquia federal): competência da Justiça Federal.
- Banco do Brasil (sociedade de economia mista): competência da Justiça Estadual.
- Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (autarquia federal): competência da Justiça Federal.
- Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRÁS (sociedade de economia mista): competência da Justiça Estadual.
- Banco Central (autarquia federal): competência da Justiça Federal.
- Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS (autarquia federal): competência da Justiça Federal.

A CF dispõe que a participação das entidades desloca a competência para a Justiça Federal, salvo nas ações que envolverem falência ou acidente de trabalho.

As ações que têm a participação do INSS, *a priori*, correm perante a Justiça Federal, salvo se for ação que envolva acidente de trabalho, que correrá perante a Justiça Estadual. A CF, entretanto, dispõe que nas pequenas comarcas onde ainda não exista Vara Federal para julgar as ações previdenciárias, estas serão julgadas pelo juízo estadual. Quando o Juiz estadual julga uma ação previdenciária, ele estará na função de Juiz federal; portanto, se o Juiz estadual dá uma sentença e há recurso, este deverá ser julgado pelo TRF.

P.: Se houver um conflito de competências entre um Juiz federal e um Juiz estadual, quem irá resolver este conflito?

R.: Não pode ser o Tribunal de Justiça porque este não pode dar uma decisão que vincule a Justiça Federal; da mesma forma não poderá ser o TRF porque este não pode dar uma decisão que vincule a justiça estadual. Portanto, quem deverá solucionar o conflito será o STJ.

Súmula n. 150 do STJ: "Compete com exclusividade à Justiça Federal dizer quando a União tem ou não interesse de intervir em um processo". Portanto, sempre que a União peticiona, requerendo seu ingresso em uma ação, a justiça estadual deverá remeter os autos à justiça federal para que esta reconheça ou não o interesse da União no processo.

Nos casos de conflitos de competência entre um Juiz estadual e um Juiz federal, cuja ação verse sobre tema previdenciário, o conflito será solucionado pelo TRF, tendo em vista que, neste caso, o Juiz estadual estará no exercício de função federal.

2.8. Competência de Foro

Sendo a ação de competência da justiça estadual, deve-se apurar em qual comarca deverá ser proposta, ou seja, verificar qual o foro competente para a propositura da ação. Os arts. 94, 95 e 100 do CPC servem de base para se apurar o foro competente.

2.8.1. Art. 94 do CPC

O art. 94 dispõe que as ações pessoais e as ações reais sobre bens móveis devem ser propostas na comarca do domicílio do réu. É uma regra de competência relativa, ou seja, se a ação for proposta no domicílio do autor e o réu não reclamar, ela poderá correr onde foi proposta.

2.8.2. Art. 95 do CPC

O art. 95 traz regras de competência para ações reais sobre bens imóveis. Tais ações devem ser propostas na comarca da situação da coisa. É uma regra de competência absoluta.

P.: Qual o foro competente para propositura das ações de desapropriação indireta?

R.: Na desapropriação indireta o particular requer da Fazenda Pública uma indenização e, sendo indenizado, haverá uma transferência de imóvel. Portanto, é uma ação real sobre bem imóvel, sendo o foro competente o da situação da coisa (art. 95).

2.8.3. Art. 100 do CPC

O art. 100 contém algumas normas de competência específicas para determinadas ações (ex.: separação e divórcio correm sempre no foro do domicílio da mulher, ainda que esta seja a autora da ação – foro privilegiado da mulher).

P.: Esta regra do foro privilegiado da mulher fere o princípio da isonomia?

R.: Esta norma está em vigor, visto que em alguns estados do Brasil a mulher ainda tem alguma dificuldade de recorrer à justiça em razão do sistema patriarcal.

A ação de investigação de paternidade não tem norma específica, portanto deve seguir a norma do art. 94, sendo proposta no domicílio do réu. Se a ação de investigação de paternidade for cumulada com alimentos, deverá seguir a regra específica do art. 100, sendo proposta, portanto, no domicílio do alimentando.

A ação de alimentos deve correr sempre no domicílio do alimentando, portanto, no domicílio do autor da ação.

Nas ações de reparação de danos por acidente de trânsito o legislador favoreceu a vítima, que poderá optar em propor a ação no foro do local do acidente ou, se preferir, no seu domicílio (pode-se dizer que a vítima tem foro privilegiado). Entretanto, se a vítima propõe a ação no domicilio do réu, esta não poderá alegar incompetência do juízo, visto faltar interesse.

Quando a Fazenda do Estado for parte, não terão foro privilegiado, ou seja, se a Fazenda Pública for parte na ação, deverá seguir as regras gerais de competência. Portanto, se a Fazenda Publica for autora, deverá propor a ação no domicílio do réu (nas ações pessoais) ou no foro onde se localiza o imóvel (ações reais). Quando a Fazenda Pública for ré, a ação deve ser proposta na capital do estado na Vara da Fazenda Pública.

2.9. Modificação de Competência

Estas hipóteses somente caberão nos casos de competência relativa. As hipóteses de modificação de competência são quatro: derrogação, prorrogação, conexão e continência.

2.9.1. Derrogação de competência

Ocorre quando as partes contratantes elegem o foro competente para dirimir as dúvidas decorrentes daquele contrato. Portanto, ocorre a derrogação quando há o fenômeno da eleição de foro.

Contrato paritário é aquele que as partes discutem as cláusulas, havendo policitação; *contrato de adesão* é aquele que é inteiramente estabelecido por um dos contratantes, cabendo à outra parte a opção de aceitar ou não.

P.: Se em um contrato de adesão houver a cláusula de eleição de foro, esta será válida?

R.: Depende. Se o Juiz perceber que a cláusula de eleição de foro prejudica o aderente, dificultando seu acesso à justiça, a cláusula será considerada inválida. Entretanto, se a eleição de foro não prejudicar o aderente, será considerada válida.

2.9.2. Prorrogação de competência

Decorre do fato de que a incompetência relativa não pode ser reconhecida pelo Juiz de ofício, competindo ao réu a alegação de incompetência sob a forma de exceção. Ocorre, então, a prorrogação da

competência quando, havendo incompetência de juízo, o réu não propuser a exceção de incompetência.

2.9.3. Conexão de competência

A conexão pressupõe a existência de, no mínimo, duas ações que possuem algo em comum entre si correndo em locais diferentes. Para serem conexas, as ações devem ter identidade de pedido ou de causa de pedir (basta um dos elementos em comum, desde que não haja identidade de partes) O CPC manda que as ações conexas sejam reunidas sob dois argumentos:

- economia processual;
- para não haver decisões contraditórias.

Só se reúnem dois processos por conexão enquanto não houver sentença em nenhum deles.

A conexão só deve acontecer se o Juiz, na análise do caso concreto, verificar que, continuando as ações separadas, ocasionaria ou não decisões conflitantes. Caso o Juiz verifique que o trâmite em separado pode, em tese, ocasionar decisões contraditórias, deverá reuni-las por serem elas conexas. Caso as decisões não tenham nenhum alcance comum, deverão tramitar em separado.

P.: Caso haja duas ações correndo em juízos de competência absoluta e houver risco de decisões conflitantes o que deve ser feito?

R.: O CPC é expresso, afirmando que deve-se suspender o andamento de uma das ações para aguardar o julgamento da outra.

O art. 219 do CPC dispõe que a prevenção é gerada pela citação válida. O art. 106 do CPC dispõe que a prevenção é gerada, no caso de ações conexas, pelo Juiz que deu o primeiro despacho. Há, aqui, um conflito aparente de normas. O art. 106 se refere a Juizes que têm a mesma competência territorial (do mesmo foro), enquanto o art. 219 diz respeito a Juizes de foros diferentes. Portanto, se existirem ações conexas correndo perante Juizes do mesmo foro, estará prevento o juízo que proferiu o primeiro despacho. Porém, se existirem ações conexas correndo perante Juizes de foro diferentes, estará prevento o feito em que ocorreu, em primeiro lugar, a citação válida.

P.: A conexão pode ser reconhecida pelo Juiz de ofício?

R.: O art. 105 do CPC é expresso dispondo que "*o Juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá determinar a reunião de processos que forem conexos*". Portanto, o Juiz poderá reconhecer a conexão de ofício.

P.: O Juiz pode determinar a reunião de processos conexos a requerimento do MP funcionando como *custos legis*?

R.: Se o Juiz pode determinar a reunião de processos conexos de ofício (sem o requerimento das partes), poderá também determinar a reunião de processos conexos à requerimento do MP como *custos legis*.

P.: Qual é o momento apropriado para o réu alegar conexão?

R.: A conexão deve ser alegada como preliminar em contestação. Entretanto, se a conexão for alegada de outra forma (por petição, exceção etc.), ainda assim o Juiz poderá reconhecer a mesma, visto que é matéria que o Juiz pode conhecer de ofício.

P.: Pode-se alegar conexão de um processo de conhecimento e um de execução?

R.: Em princípio, na execução não há sentença de mérito e por este motivo não há risco de sentenças conflitantes, portanto não será possível a conexão. Entretanto, se na ação de execução forem opostos embargos, sendo estes um verdadeiro processo de conhecimento, pode haver a conexão.

2.9.4. Continência

Para que haja relação de continência entre duas ações, elas devem ter as mesmas partes, a mesma causa de pedir e pedidos diferentes; entretanto, o pedido de uma deve abranger o pedido da outra (ex.: numa Vara corre uma ação para anular uma cláusula de um contrato e na outra Vara corre uma ação para anular o contrato por inteiro).

Quando houver continência, as ações devem ser reunidas para evitar sentenças contraditórias. Entretanto, todas as ações que mantém entre si relação de continência já mantém uma relação de conexão (mesma causa de pedir). Por este motivo, a relação de conexão já é suficiente para a reunião das ações. À continência aplicam-se todas as regras da conexão.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

1. TIPOS DE PROCESSO

1.1. Classificação dos Processos

De acordo com o provimento que constitui o pedido, classifica a doutrina a ação correspondente. A natureza jurisdicional do provimento também condiciona a nomenclatura dessa classificação.

Temos os processos de conhecimento, de execução e cautelar. Alguns autores ampliam essa classificação tripartida, acrescendo ação mandamental e ação executiva *lato sensu*. Temos como exemplo o mandado de segurança ou uma medida de manutenção de posse. A ação executiva gera uma sentença bastante próxima à condenatória, porém, cuja execução não necessita de um novo processo. Temos como exemplo a reintegração de posse. Portanto, com facilidade vemos hoje que temos uma classificação quíntupla das ações.

1.2. Processo de Conhecimento

O processo de conhecimento é denominado também declaratória em sentido amplo. Aqui, o órgão jurisdicional declara qual das partes têm direito à pretensão deduzida. As partes, portanto, formulam pedidos aos órgãos da jurisdição, obtendo ou não procedência. E caso de procedência, será acolhida a pretensão do autor, em caso contrário, desacolhida.

Os processos de conhecimento se subdividem, de acordo com a natureza do provimento em:

- meramente declaratório;
- constitutivo;
- condenatório.

Os processos meramente declaratórios, como o próprio nome diz, declaram a existência ou não de uma relação jurídica em uma determinada situação de fato (art. 4.º, CPC). Temos como exemplo uma ação declaratória de inexistência de débito. No processo penal são meramente declaratórias, por exemplo, os *habeas corpus*. As extinções de punibilidade também são meramente declaratórias. Os processos meramente declaratórios podem ser positivos ou negativos, declarando, respectivamente, que existe ou não uma relação jurídica.

Os processos constitutivos são aqueles que criam, modificam ou extinguem uma relação jurídica. Os processos constitutivos necessários são aqueles em que a modificação, constituição ou desconstituição da relação jurídica só pode ocorrer por meio jurisdicional. Ex.: nulidade do casamento. Já os processos constitutivos não necessários são aqueles que podem ser conseguidos extrajudicialmente. Ex.: nulidade de atos jurídicos.

Os processos condenatórios são aqueles que se encerram com uma sentença condenatória, apresentando uma sanção. A partir da mesma, passa a parte a ter um título executivo. O processo condenatório também ocorre na esfera criminal e também gera um título executivo.

Os processos mandamentais não se confundem com o processo condenatório, porque, aqui, a sentença gera um resultado concreto, não dependendo de uma outra relação jurídico-processual de caráter executivo.

Os processos executivos *lato sensu* também são aqueles cuja sentença gera uma eficácia direta e própria, não dependendo, para sua concretização, de um processo de execução autônomo.

1.3. Processo de Execução

O processo de execução é um instrumento do processo de conhecimento, pois faz gerar eficácia no mesmo. É a hipótese de uma pessoa ser condenada a cumprir uma determinada obrigação, resistindo, porém, ao provimento jurisdicional. O réu é condenado a pagar uma determinada quantia em dinheiro. Diante de sua recusa voluntária, criou-se o processo de execução para compelir a parte a efetuar esse pagamento. São atos de força que garantem o cumprimento da obrigação.

Isso porque o exeqüente possui um título para dar início ao processo de execução. O resultado é o provimento satisfativo do direito do credor. Enquanto o processo de conhecimento vai do fato ao direito, o processo de execução vai do direito ao fato.

O objeto do processo de execução, como já dissemos, é gerar eficácia no processo de conhecimento e em outros processos executivos, judiciais ou extrajudiciais. Aqui, o Juiz não vai dizer o direito, mas sim satisfazer a parte detentora do título. O processo de conhecimento é totalmente independente do processo de execução.

Já a execução penal, muito embora se instaure de ofício pelo próprio Juiz, também apresenta função jurisdicional. Gera incidentes que têm caráter jurisdicional, muito embora a aplicação é administrativa. Inicia-se por meio da sentença condenatória que gera um título executivo. A execução penal tem as seguintes peculiaridades:

- O processo se inicia de ofício, como já dissemos, independentemente de provocação por parte do MP. Portanto o processo tem iniciativa se ação.

- A execução penal é sempre forçada, já que o réu não se submete voluntariamente.

- Não há citação para o processo de execução. Estão, porém, garantidos o contraditório e o devido processo legal, entre outros princípios e garantias constitucionais.

1.4. Processo Cautelar

É um instrumento para gerar eficácia tanto no processo de conhecimento quanto no processo de execução. Isso porque o processo de conhecimento e o processo de execução são, muitas vezes, morosos para resguarda a ampla defesa e o contraditório. Porém, toda vez que houver risco de gerar ineficácia em qualquer dos dois processos, pode a parte, demonstrando *periculum im mora* e *fumus boni iuris* (plausibilidade), requerer uma medida de natureza cautelar a fim de evitar a frustração dos efeitos concretos dos outros processos

2. AÇÃO E ELEMENTOS IDENTIFICADORES

A palavra “ação” é uma palavra equívoca, ou seja, possui mais de um significado. Passaremos a analisá-los.

2.1. Ação em Sentido Amplo ou em Nível Constitucional

Significa o direito que qualquer pessoa tem de obter uma resposta do Poder Judiciário, seja ela qual for. É um direito incondicionado, tendo em vista que não há necessidade de preenchimento das condições da ação para obter qualquer resposta do judiciário.

2.2. Ação em Sentido Estrito ou em Nível Processual

Várias teorias surgiram para explicar o significado de ação em sentido estrito, entretanto apenas três delas são importantes para serem estudadas.

2.2.1. Teoria concretista da ação

O direito de ação será exercido somente se o pedido for julgado procedente pelo Juiz. Essa teoria não foi acolhida no Brasil.

2.2.2. Teoria abstratista da ação

O direito de ação será exercido sempre que houver resposta do judiciário, seja ela qual for. Essa teoria não foi acolhida no Brasil, tendo em vista que o seu acolhimento faria com que desaparecesse qualquer diferença entre a ação em sentido estrito e a ação em sentido amplo.

2.2.3. Teoria eclética da ação (Liebman)

Teoria adotada pelo sistema jurídico brasileiro. Haverá ação sempre que houver uma resposta de mérito proferida pelo Juiz, ou seja, sempre que o pedido for julgado procedente ou improcedente, o direito da ação em sentido estrito será exercido.

Se o Juiz proferir resposta de indeferimento da petição inicial, o direito de ação em sentido estrito não será exercido, visto não ser uma sentença de mérito.

A ação em sentido estrito é condicionada, ou seja, há necessidade de que se preencham as condições da ação para que seja exercido o direito de ação. Assim, quando a ação é julgada extinta por indeferimento da *Inicial*, diz-se que o autor é carecedor de ação.

Não é possível haver ação sem processo. É perfeitamente possível, no entanto, haver processo sem ação quando o Juiz não proferir uma sentença de mérito.

No processo de conhecimento, o que o autor postula não é, ainda, a satisfação de seu direito, visto que essa satisfação será dada no processo de execução. O que se pede no processo de conhecimento é que o Juiz diga que o postulante tem razão.

No processo de execução, o que se pede é que o Juiz tome medidas para a satisfação do direito, do crédito. A resposta do processo de execução não é uma sentença, é a tomada de providências para a satisfação do crédito.

Então, quando Liebman fala em resposta de mérito, engloba tanto a resposta do processo de conhecimento quanto a resposta do processo de

execução, tendo em vista que, se falasse em sentença de mérito, não englobaria a resposta do processo de execução.

3. CONDIÇÕES DA AÇÃO

A ação somente existirá se houver o preenchimento das três condições abaixo. Essas condições da ação são de ordem pública, podendo ser conhecidas de ofício pelo Juiz.

3.1. Legitimidade *Ad Causam*

Só poderá propor uma ação quem for parte legítima. Esta condição é derivada do art. 6.º do Código de Processo Civil, que dispõe que ninguém poderá ir a juízo para defender direito alheio, salvo quando autorizado por lei. Somente quem alega ser titular de um direito poderá ir a juízo defendê-lo.

Espécies de legitimação:

- *Legitimação ordinária*: é a legitimação normal, ou seja, quando a pessoa vai a juízo defender direito próprio.
- *Legitimação extraordinária ou substituição processual*: é a legitimação de anormalidade, ou seja, quando a lei autoriza que a pessoa vá a juízo defender direito alheio. Aqueles que são titulares do direito material são chamados de substituídos, e os titulares da ação são chamados substitutos. Essa legitimação pode ocorrer nas seguintes situações:

- casamento por regime dotal: o titular do direito sobre os bens que constituem o dote é a mulher, no entanto, o direito de entrar em juízo para salvaguardar os bens é do marido. Existe então um titular do direito material que não pode ser parte em juízo e uma parte que não é titular do direito material;

- um condomínio no qual cada um dos condôminos possui uma parte ideal e apenas um deles entra em juízo para propor ação reivindicatória. O art. 623 do Código Civil dispõe expressamente que, havendo um condomínio, cada qual dos condôminos poderá, sozinho, reivindicar a coisa. A sentença proferida, no entanto, ainda que apenas um dos condôminos ajuíze a ação, irá atingir os demais.

O Código de Processo Civil dispõe que é possível vender a coisa mesmo litigiosa. A alienação da coisa litigiosa, entretanto, não altera a legitimidade das partes, ou seja, a ação continuará correndo entre as partes originárias. A sentença proferida entre as partes originárias estende seus efeitos ao adquirente da coisa (art. 42, § 3.º, do CPC). Então, a partir do momento em que a coisa for vendida e o direito passar para terceiro, a parte originária estará defendendo direito alheio, ficando o adquirente como substituído processual, podendo ingressar no processo como assistente litisconsorcial.

3.2. Possibilidade Jurídica do Pedido

O pedido deverá estar em conformidade com o ordenamento jurídico. Um exemplo de impossibilidade jurídica do pedido é a ação de usucapião de bens públicos. Quem ingressar com essa ação terá sua inicial indeferida pela impossibilidade jurídica do pedido. Outro exemplo é a cobrança de dívida de jogo proibido, tendo em vista a causa de pedir ser juridicamente impossível.

Portanto, além de ser necessário que o pedido seja juridicamente possível, deverá incluir a possibilidade jurídica da causa de pedir. Se qualquer deles for impossível, a inicial será indeferida.

Quando a lei for omissa sobre um assunto, pode-se praticar o ato que a lei não proíbe, no entanto deve-se observar a moral e os bons costumes (ex.: a prostituição não é proibida em lei, no entanto, embora não haja ofensa direta à lei, há ofensa à moral e aos bons costumes; então qualquer dívida oriunda da prática da prostituição terá o pedido juridicamente impossível).

3.3. Interesse de Agir

Há um binômio que integra o interesse de agir: *necessidade* e *adequação*, ou seja, só haverá o interesse de agir quando houver a necessidade de ingressar com uma ação para conseguir o que se deseja e quando houver adequação da ação (ação própria para o pedido).

A primeira oportunidade que o réu tem para alegar a carência de ação é na contestação. Por ser matéria de ordem pública, no entanto, não preclue, podendo ser argüida a qualquer momento. Se o réu, entretanto, alegar carência de ação após a contestação, deverá arcar com as custas e honorários desde a contestação.

Caso o Juiz, no saneador, afaste a carência sem que ninguém recorra da decisão, ele poderá, em qualquer fase do processo, reconsiderar sua decisão e acolher a carência, tendo em vista ser matéria de ordem pública. Quanto às custas e honorários, nesse caso, o Juiz só arcará com as despesas se houver comprovado dolo de sua parte.

No caso de haver uma apelação por parte do réu em um processo no qual não foi discutida a carência de ação, o Tribunal poderá conhecer de ofício, ainda que não tenha sido matéria de apelação. O Tribunal irá reapreciar não só o objeto do recurso (efeito devolutivo), mas também aquelas matérias de ordem pública, ainda que não tenham sido suscitadas (efeito translativo).

No reexame necessário, a Fazenda Pública não poderá ser prejudicada, não podendo ser abaixado o valor da condenação (Súmula n. 45 do STJ). O reexame necessário, no entanto, também tem efeito translativo, ou seja, o Tribunal poderá conhecer a carência de ação.

4. ELEMENTOS DA AÇÃO

4.1. Partes

São o autor e o réu (aquele que pede e aquele a quem se pede). O MP pode ser parte em uma ação, dependendo da qualidade em que ele atua (ex.: na ação civil pública).

Normalmente, o MP figura como autor do processo, entretanto é possível figurar como réu em uma ação (ex.: MP propõe ação contra uma determinada pessoa. A execução é excessiva. O executado propõe embargos de devedor contra o MP. Nesse caso, figura como réu dos embargos).

É perfeitamente possível que o pólo passivo da ação seja ocupado por réus incertos e indeterminados (ex.: ação possessória contra invasores de uma fazenda e que não são conhecidos do autor). Nesses casos, a citação deverá ser feita por edital.

O TJSP tem entendido que nascituro pode ser autor de ação.

Poderá, ainda, no campo da jurisdição voluntária, existir uma ação sem réu (ex.: em uma ação de separação consensual, as duas partes são autores, inexistindo o réu).

Um exemplo de ação sem réu que não seja do campo da jurisdição voluntária é a ação de investigação de paternidade contra suposto pai que já tenha falecido sem deixar herdeiros ou bens. Nesse caso, ninguém figura no pólo passivo da ação. Alguns constitucionalistas defendem que as ações declaratórias de constitucionalidade também são exemplos de ação sem réu.

Pode haver ação sem autor, como os inventários abertos de ofício (sem que ninguém requeira). Sendo o Juiz quem fez a abertura do inventário sem requerimento de qualquer interessado, não se pode dizer que o próprio Juiz é o autor da ação.

4.2. Causa de Pedir

É constituída pelos fatos e pelos fundamentos jurídicos do pedido. Quem procura o judiciário, está sempre querendo formular um pedido. Assim, devem-se expor os fatos que geraram o pedido e as conseqüências jurídicas que podem ser extraídas desses fatos.

A doutrina costuma dizer que existe a causa de pedir *próxima* e a causa de pedir *remota*. Metade da doutrina entende que os fatos são a causa de pedir próxima e os fundamentos a causa de pedir remota. Outra metade da doutrina, entretanto, entende exatamente o contrário. A doutrina é absolutamente dividida em relação a essa nomenclatura.

Sempre houve muita controvérsia a respeito da causa de pedir nas ações que tenham por objeto os direitos reais. A ação reivindicatória é o exemplo mais comum de uma ação real. Surgiram duas posições na doutrina a respeito da causa de pedir nesta ação:

- *Teoria da Individuação*: presume-se, na ação reivindicatória, que o autor é proprietário daquilo que está reivindicando, ou seja, basta alegar a relação jurídica que se tem com a coisa.
- *Teoria da Substanciação*: sustenta que não basta dizer que é proprietário, deve-se demonstrar na petição inicial a origem dessa propriedade, ou seja, deve-se alegar a relação jurídica que se tem com a coisa e a origem dessa relação jurídica. Essa teoria foi acolhida no Brasil.

4.3. Pedido

É aquilo que o autor quer obter do Poder Judiciário. A doutrina costuma distinguir *pedido mediato* e *pedido imediato*. O primeiro é o bem da vida que se quer obter (ex.: em uma ação de cobrança, o pedido mediato é o dinheiro que se quer receber), ao passo que o segundo é o provimento jurisdicional que se espera (ex.: em uma ação de cobrança, o pedido imediato é a condenação do requerido).

Além dessa distinção, existem alguns pedidos que não têm necessidade de estar expressos na petição inicial para que o Juiz os conceda. São chamados de pedidos implícitos e são eles:

- correção monetária;
- juros legais (6% ao ano);

- verbas de sucumbência (custas, despesas e honorários);
- prestações que forem se vencendo à medida que a ação prossegue.

4.4. Alteração do Pedido e da Causa de Pedir

Devem-se observar três fases do processo:

- *antes da citação do réu*: a alteração é livre, tendo em vista não haver a relação jurídica completa;
- *entre a citação e o despacho saneador*: poderá haver a alteração se houver anuência do réu;
- *após o despacho saneador*: não é permitida a alteração.

Se o réu for citado, mas não se manifestar no processo, sendo declarado revel, o autor poderá alterar o pedido e a causa de pedir sem a anuência do réu. Se isso ocorrer, entretanto, o réu deverá ser novamente citado, reabrindo-se o prazo para contestar aquilo que foi objeto da alteração.

5. EXCEÇÃO OU DEFESA

A palavra “exceção” tem três significados:

- *em sentido amplo*: é toda e qualquer defesa que possa ser apresentada pelo réu no processo civil;
- *em sentido estrito*: é o inverso do que os processualistas chamam de objeção no processo civil. Tanto a exceção em sentido estrito quanto a

objeção são espécies de defesa. A diferença é que a exceção em sentido estrito é aquela defesa que o Juiz jamais poderá conhecer de ofício, já a objeção é aquela defesa que o Juiz deve conhecer de ofício;

- *procedimental*: são aquelas três defesas que não devem ser englobadas na contestação, havendo necessidade de existir peça autuada em apartado. São elas:
  - suspeição;
  - incompetência relativa;
  - impedimento.

A incompetência relativa é uma exceção ritual. Além de ser uma exceção procedimental, também poderá ser uma exceção em sentido estrito. Então, se não for alegada pelo réu, o Juiz não poderá conhecer de ofício. Preclue tanto para o réu quanto para o Juiz, caso não seja oposta no prazo.

O impedimento, embora seja alegado por exceção procedimental, tem natureza de verdadeira objeção, então, se não for alegado no prazo, poderá ser alegado a qualquer tempo pelas partes ou ser reconhecido de ofício pelo Juiz.

Se a parte, tomando conhecimento da suspeição do Juiz, perde o prazo para opor exceção de suspeição, não poderá mais alegar a suspeição, ou seja, a matéria preclue para as partes. O Juiz, entretanto, poderá conhecer a suspeição de ofício a qualquer tempo, não precluindo para ele. A suspeição tem natureza híbrida, ou seja, para a parte tem natureza de exceção e para o Juiz tem natureza de objeção.

6. PROCESSO E PROCEDIMENTO

Processo é uma seqüência de atos coordenados que vão se sucedendo no tempo e que têm por finalidade a prestação jurisdicional. Muitos desses atos devem ser trazidos para o papel e juntados aos autos do processo. A forma pela qual esses atos são encadeados e irão se realizar é o procedimento, que pode ser sumário, ordinário ou especial.

A finalidade do processo é permitir que a parte consiga a prestação jurisdicional que deseja (conhecimento, execução, cautelar etc.).

O processo tem alguns requisitos que devem ser observados para que exista e seja válido. Esses requisitos de existência e de validade são chamados de pressupostos processuais.

6.1. Pressupostos Processuais de Existência

6.1.1. Petição inicial

Para que exista o processo, é necessário que haja uma petição inicial. Em algumas situações, entretanto, ele pode existir sem esta (ex.: inventário, se ninguém requerer a abertura, o Juiz pode fazê-lo de ofício, existindo, então, um processo sem petição inicial).

6.1.2. Jurisdição

Para que exista o processo, é necessário que haja jurisdição.

6.1.3. Citação do réu

A citação é pressuposto processual de existência em relação ao réu, visto que, tecnicamente, em relação ao autor e ao Juiz, o processo já existe. A falta de citação só permite ao réu alegar a inexistência do processo. Se o processo segue sem a citação do réu e acaba por ser proferida uma sentença, essa sentença é inexistente.

No caso de processo inexistente por falta de citação do réu, a ação que deverá ser proposta é a ação declaratória de inexistência, que será imprescritível (*querela nullitatis insanabilis*). Ela deverá ser proposta no juízo onde correu o processo cuja sentença é inexistente.

Será requerida a nulidade do processo pela ação rescisória, e a nulidade convalesce quando passar o prazo para a ação rescisória (prazo de 2 anos). A ação rescisória é ajuizada em 2.ª Instância.

6.1.4. Capacidade postulatória

Os atos praticados por advogado sem procuração serão inexistentes.

6.2. Pressupostos Processuais de Validade

6.2.1. Petição inicial apta

Para a validade do processo, é necessário que a petição inicial não seja inepta.

6.2.2. Juiz competente e imparcial

Para que o processo seja válido, deve haver competência e imparcialidade do Juiz. Existem dois graus de incompetência: absoluta e relativa. A invalidade do processo só existe quando há incompetência absoluta. Da mesma forma, há dois graus de imparcialidade: suspeição e impedimento. Somente o impedimento poderá invalidar o processo.

6.2.3. Capacidade de ser parte e capacidade processual

Para o processo ter validade, as duas partes devem possuir capacidade de ser parte e capacidade processual. Alguns doutrinadores chamam a capacidade processual de capacidade de estar em juízo.

A capacidade de ser parte é a possibilidade de ser autor ou réu em um processo. Todas as pessoas, sem exceção, possuem capacidade de ser parte, ou seja, todo aquele que tem capacidade de direito no Direito Civil tem capacidade de ser parte. O CPC, entretanto, atribui a capacidade de ser parte a todas as pessoas e também a alguns entes despersonalizados (ex.: espólio, massa falida, condomínio, sociedade, herança jacente etc.), então nem sempre quem tem capacidade de ser parte terá capacidade de direito.

A capacidade processual é a possibilidade de vir a juízo sem precisar ser representado ou assistido. Há uma certa correlação entre a capacidade processual e a capacidade de fato do Direito Civil, visto que as pessoas que têm capacidade processual serão maiores e capazes. Então, normalmente, quem possui capacidade processual possui capacidade de fato. Deve-se observar, entretanto, que na Lei n. 9.099/95 os maiores de 18 anos possuem capacidade processual, fugindo à regra do processo civil. Então, poderá haver pessoa que tenha capacidade processual e não tenha capacidade de fato.

6.2.4. Litispendência, coisa julgada e perempção

É da inexistência deles que haverá a validade do processo. Por esse motivo, são chamados de pressupostos negativos.

- *Litispendência*: processo idêntico (mesmas partes, mesmo objeto e mesma causa de pedir) em andamento.
- *Coisa julgada*: processo idêntico com trânsito em julgado.
- *Perempção*: espécie de pena que se aplica à parte que por três vezes deu ensejo à extinção do processo por não dar andamento a ele.

7. RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

Trata-se de uma relação de Direito Público. Tem sujeitos, objeto e requisitos diferentes da relação material controvertida.

É uma relação dinâmica (progressiva) porque se desenrola no tempo, e é complexa porque envolve uma série de posições jurídicas.

A relação jurídica processual está sujeita a certos pressupostos de existência e de validade que são os chamados pressupostos processuais que são requisitos de instauração e desenvolvimento válido e regular do processo.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

1. ATOS PROCESSUAIS

1.1. Atos e Fatos Processuais

Sob a ótica estrutural, o processo, como o próprio nome diz, é uma estrutura dinâmica, sendo um conjunto seqüencial de atos, que visam a solução da lide por meio da tutela jurisdicional. Os atos, portanto, são ordenados, havendo uma seqüência lógica e cronológica.

Isso faz com que o processo seja complexo, resultando o mesmo da combinação do procedimento com a relação processual. A própria relação processual, por ser progressiva, goza de complexidade, já que os eventos geram modificação, constituição e extinção de situações jurídico-processuais, fazendo surgir fatos processuais.

Portanto, os fatos processuais são quaisquer acontecimentos que repercutam no acontecimento jurídico do processo. Alguns fatos jurídicos processuais têm por origem a vontade, tornando-se atos processuais. Toda manifestação de vontade de quaisquer sujeitos do processo, que repercuta na relação jurídico-processual, é um ato processual. Todos os demais são meros fatos processuais. Dentre os atos processuais temos, como já dissemos, manifestação de quaisquer sujeitos processuais e não apenas das partes. Temos como exemplo a sentença proferida pelo Juiz que, por ser um ato de vontade, é um ato processual.

1.2. Classificação dos Atos Processuais

Podemos dividir os atos processuais quanto aos sujeitos que o praticam:

Atos das partes (inclui terceiros intervenientes) – art. 158 a 161, CPC.

Atos dos agentes da jurisdição
- Do Juiz – art. 162 a 165, CPC
- Do Escrivão (auxiliares do Juiz) – art.166 a 171, CPC

1.3. Princípio da Instrumentalidade das Formas

Forma é o conjunto de solenidades necessárias e indispensáveis para a validade e eficácia dos atos processuais. É tudo aquilo que deve estar contido no ato para que este surta os efeitos desejados. Portanto, o ato não tem uma finalidade em si mesmo, pois estabelece-se um lugar, um tempo e um modo para gerar a eficácia desejada. É um absurdo pensarmos em culto à forma do ato. A forma tem no seu binômio previsibilidade de segurança as garantias necessárias para a concessão da tutela jurisdicional.

Assim, o princípio da instrumentalidade das formas estabelece uma situação intermediária entre formalismo e o rigor, para que a efetiva tutela jurisdicional seja outorgada. O sistema busca muito mais o conteúdo do que a

forma nela mesma. Caso o objetivo do ato seja alcançado, sem prejuízo para as partes ou ao processo, a forma, nela mesma, passa a ter um caráter secundário.

O sistema jurídico não transige com alguns formalismos, dentre os quais o uso do idioma nacional (art. 156, CPC).

1.4. Publicidade

A publicidade dos atos processuais garante a sua transparência e lisura, até porque o sistema constitucional não admite julgamento sigiloso (art. 93, IX, da CF).

O princípio da publicidade goza de equilíbrio, de forma que os atos processuais também não devem ser divulgados sem qualquer cuidado. Isso faz com que alguns atos gozem da máxima publicidade, como as hastas públicas, em que se expedem editais, e outros gozam de pouquíssima publicidade, como os atos que correm em “segredo de justiça”. São hipóteses em que a intimidade das partes deve ser resguardada, por se tratar de questões personalíssimas que pouco importam a terceiros. O rol do art. 155 do CPC é taxativo.

1.5. Atos Processuais do Juiz

Tais atos têm especial relevância, pois o Juiz é o condutor do processo, sendo aquele que outorga a tutela jurisdicional. O Juiz preside a coleta de provas, determina a marcha e ordenação procedimental.

De acordo com o art. 162 do CPC, temos os seguintes atos de provimento:

- *Sentença (Acórdão):* é o ato pelo qual o Juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa. Aqui ocorre a efetivação da tutela jurisdicional. As sentenças são: processuais ou terminativas, isto é, aquelas que não enfrentam o mérito (art. 267, CPC), ou de mérito (definitivas), isto é, as que julgam o mérito (art. 269, do CPC).

- *Decisão interlocutória:* ato pelo qual o Juiz resolve questões incidentes. São dúvidas que surgem no desenvolvimento do processo e que são dirimidas pelo Juiz, mas que tem conteúdo decisório não previsto nas hipóteses dos arts. 267 e 269 do CPC. Por ter conteúdo decisório é que cabe recurso de agravo de instrumento ou agravo retido de tais decisões. Podem ocorrer em qualquer fase do procedimento, quer na fase instrutória ou mesmo na fase recursal.

- *Despacho:* todos os demais atos praticados pelo Juiz. Tais atos não envolvem o direito que se discute, nem o interesse das partes. Visam o regular andamento do processo. A diferença entre despacho e decisão interlocutória está na carga lesiva ao interesse da parte. Caso esta exista, é uma decisão interlocutória.

- *Atos ordinatórios:* são todos os atos praticados pelos servidores, passíveis de revisão judicial que se dão por delegação, visto que a responsabilidade é sempre do Juiz. Ex.: entrega de autos às partes ou à peritos. Esses atos praticados pelos serventuários da justiça são chamados também de atos de documentação. São as hipóteses de abertura de conclusão ou vista às partes, ou certidão de incidentes.

Tal relação não é exaustiva, pois o Juiz ainda realiza audiências, inspeções judiciais, presta informações em agravos de instrumentos ou mandados de segurança, etc.

Ademais, o Juiz ainda pratica atos materiais, que são aqueles que não têm qualquer caráter de resolução ou determinação. Como falamos acima, podem ser instrutórios, como a realização de inspeções, ou atos de documentação, como rubricar folhas dos autos. Tais atos de documentação não integram o artigo 162 do CPC.

1.6. Atos do Escrivão

O CPC, com a expressão "escrivão", quis designar todos os serventuários que estão sob sua fiscalização. São atos burocráticos dispostos no art. 166 , I, do CPC, e que o escrivão deve seguir para o bom desenvolvimento procedimental.

Além desses atos temos:

- *Atos de documentação*: como falamos acima, os serventuários e o escrivão praticam uma série de atos materiais necessários ao bom desenvolvimento do processo. Ex.: digitação de declarações verbais das partes em alegações finais.
- *Atos de comunicação*: são todas as ordens do Juiz que precisam ser comunicadas às partes, seus representantes ou outros serventuários da justiça. Temos como exemplo a expedição de um mandado.
- *Atos de logística*: são atos que assessoram o Juiz, como o depósito de valores e materiais e outras certidões que o escrivão apõe com fé pública.

1.7. Atos das Partes

Conforme dispõe o art. 158 do CPC, a expressão "partes" não engloba apenas o autor e o réu, abarcando, ainda, todos os terceiros intervenientes dos arts. 56 a 80 do CPC, além do MP, com exceção da hipótese em que atua como fiscal da lei. Temos os seguintes atos:

- *Postulatórios:* são aqueles em que a parte pleiteia um provimento jurisdicional. Ex.: contestação.
- *Dispositivos:* são aqueles em que a parte abdica, em prejuízo próprio, de prerrogativa jurídica ou da tutela jurisdicional. Ex.: desistência do recurso.
- *Instrutórios:* são atos que dão suporte à alegação da parte e que buscam o convencimento do Juiz. Ex.: juntada de documentos.
- *Reais*: são as condutas materiais das partes no processo. Ex.: depoimento prestado pela parte.

2. PRAZOS PROCESSUAIS

2.1. Introdução

Como já dissemos, o processo, por ser dinâmico, lógico e contínuo, ocorre pela pratica de atos processuais que estão ligados entre si e são sucessivos, chegando ao final com a prolação da sentença de mérito.

Por certo, a prática dos atos processuais está presa a limites temporais, para que o processo não perdure indefinidamente.

Dessa maneira, todos os atos processuais tem prazo limite, dentro do qual deve obrigatoriamente ocorrer, sob pena de sujeição à conseqüências processuais. Por isso, os prazos estão sujeitos à contagem a partir de um termo inicial até o seu termo derradeiro.

2.2. Contagem dos Prazos

Normalmente, os prazos são contados em dias, porém podem ser contados em meses, anos ou até em horas. Portanto, não há uma única unidade de tempo certa para contagem dos prazos. Nos debates orais, por exemplo, são contados em minutos (art. 454, CPC).

2.3. Prazos Legais e Judiciais

- *Prazos legais:* são os definidos em lei, não tendo disponibilidade, em princípio, nem o Juiz e nem as partes.
- *Prazos judiciais:* são os fixados a critério do Juiz.

2.4. Prazos Dilatórios e Prazos Peremptórios

- *Prazos dilatórios:* são aqueles que podem ser alterados pela vontade das partes ou pelo Juiz. Temos, por exemplo, a hipótese em que a lei autoriza o incremento do prazo para apresentação das alegações finais verbais.

- *Prazos peremptórios:* são aqueles inalteráveis pela vontade das partes ou por determinação judicial. É o prazo para apresentar resposta ou recurso.

2.5. Prazos Próprios e Impróprios

- *Prazos próprios:* são os que dizem respeito às praticas de atos processuais das partes. A sua desobediência acarreta sanção. Ex.: sem contestação, pode ocorrer revelia.
- *Prazos impróprios:* são os prazos do Juiz, do escrivão e dos seus serventuários. O descumprimento não gera ônus ou sanção.

2.6. Contagem dos Prazos

O art. 184 do CPC apresenta regra geral, segundo a qual devemos excluir o dia do início e incluir o dia do vencimento do prazo. Conforme o art. 184, § 2.º, do CPC, a contagem só começa correr no primeiro dia útil após a intimação.

O ato processual que determina o início da contagem do prazo é a intimação, exceto na formação da relação jurídica, em que o prazo começa a partir da citação para ser exercida a defesa. Muitas das intimações ocorrem na pessoa do advogado, que tem capacidade postulatória. Há casos, porém, em que a intimação ocorre em relação à própria parte.

Ainda sob a regra geral, os prazos não se interrompem, podendo, excepcionalmente, se suspenderem. Isso significa que o prazo paralisado

continua a correr. Caso ocorresse interrupção, começaria novo cômputo do início

3. PRECLUSÃO

3.1. Introdução

Preclusão é o fenômeno processual, segundo o qual os atos procedimentais, de maneira ordenada, ocorrem de forma seqüencial, respeitando aos prazos preestabelecidos, sendo que uma vez não realizados, perdem-se e não poderão ser repostos.

Temos, portanto, perda de um direito subjetivo processual, pelo seu não uso no prazo e no tempo devidos. Isso ocorre pela inação da parte litigante, que deixou de praticar certo ato dentro do prazo legal e judicial, impedindo que o processo se inicie ou prossiga.

A preclusão também pode ocorrer quando a parte pratica ato processual incompatível com o ato que deveria praticar.

3.2. Espécies de Preclusão

Temos 3 espécies de preclusão:

- *Preclusão temporal:* é a preclusão impeditiva decorrente da perda de uma faculdade processual em virtude do seu não exercício no prazo fixado por lei. Ex.: não interposição de recurso. Aqui temos o descumprimento puro e simples de um prazo legal.

- *Preclusão lógica:* é a incompatibilidade de um ato processual com outro já praticado. Aqui não temos o problema do fator tempo,mas sim uma questão de lógica no ordenamento dos atos processuais.

- *Preclusão consumativa:* é aquela em que a faculdade processual já foi exercida validamente, tendo caráter de fato extintivo. Pelo fato do ato já ter sido praticado, não poderá ser praticado novamente. A parte que já apelou não poderá apelar uma segunda vez.

A preclusão temporal lógica ou consumativa são ônus processuais das partes. Para o Juiz também pode ocorrer consumação, que é chamada também de consumação *pro judicatus*. Para o Juiz não existe preclusão temporal, já que não gera conseqüências para o Juiz o suprimento de prazos.

4. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

4.1. Noções Gerais

O processo tem alguns requisitos que devem ser observados, sendo que algum deles são necessários para que o processo exista e outros requisitos são necessários para que o processo seja válido. Esses requisitos de existência e de validade são chamados de pressupostos processuais, que são divididos em:

a) Pressupostos processuais de existência:

- ação;

- órgão jurisdicional;

- partes.

b) Pressupostos de validade – subdividem-se em:

Objetivos:

- positivos (intrínsecos)
  - petição inicial apta;

- negativos (extrínsecos)
  - coisa julgada;
  - litispendência;
  - perempção.

Subjetivos:

- Juiz;
- MP;
- Partes.

4.2. Pressupostos Processuais de Existência

4.2.1. Ação

Direito abstrato e individual de provocar o judiciário.

4.2.2. Órgão jurisdicional

Para que exista o processo, é necessário que haja jurisdição.

4.2.3. Partes

Aquele que pede em face daquele para quem se faz o pedido.

4.3. Pressupostos Processuais de Validade

4.3.1. Pressupostos objetivos

a) Positivos (intrínsecos)

São aqueles atos processuais que necessariamente deverão existir sob pena de nulidade do processo:

- petição inicial apta;
- citação válida.

b) Negativos (extrínsecos)

A inexistência deles proporcionará a validade do processo. Por esse motivo, são chamados de pressupostos negativos.

- *Coisa julgada*: quando há demandas idênticas (causa de pedir, pedido e partes) e uma delas já foi julgada.
- *Litispendência*: quando há ações idênticas, mas sem o julgamento definitivo.
- *Perempção*.

4.3.2. Pressupostos subjetivos

- *Juiz competente e imparcial*: para que o processo seja válido, deve haver competência e imparcialidade do Juiz. Existem dois graus de incompetência: absoluta e relativa. A invalidade do processo só existe quando há incompetência absoluta. Da mesma forma, tem dois graus de imparcialidade: suspeição e impedimento. Somente o impedimento poderá invalidar o processo.
- *MP*.
- *Partes*:

  – capacidade para estar em juízo;

  – capacidade para ser parte: somente pessoas podem ser parte;

  – capacidade postulatória.

5. MINISTÉRIO PÚBLICO

5.1 Introdução

O art. 127 da CF apresenta as funções institucionais do *parquet*, ressaltando que lhe incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais e indisponíveis.

O § 1.º do art. 127 da CF estabelece os seguintes princípios:

- princípio da unidade;
- princípio da indivisibilidade;
- princípio da independência funcional.

Portanto, o MP não está subordinado ao Poder Judiciário, nem tem qualquer dependência com o mesmo.

O MP resguarda os valores fundamentais do Estado, quer seja na persecução penal, visando a repressão delitiva, quer na esfera civil, na defesa de valores fundamentais, como meio ambiente, valores históricos e paisagísticos, ou ainda na defesa de consumidores, trabalhadores acidentados, registros públicos, fundações ou o próprio direito de família.

Passou, portanto, o MP a defender bens e interesses difusos ou coletivos, para valorizar a dignidade da pessoa.

Como dissemos acima, o MP é uma instituição autônoma e não integra o Poder Judiciário, embora desenvolva suas funções essenciais, basicamente no processo e perante órgãos da jurisdição.

5.2. Princípios

5.2.1. Princípio da unidade

Todos os membros do MP fazem parte de uma só corporação, cabendo substituição, pois pouco importa o membro que venha oficiar num determinado processo.

5.2.2. Princípio da independência funcional

Cada um dos MPs obra por sua própria consciência jurídica, sem qualquer ingerência do Poder Executivo, nem ingerência dos seus próprios órgãos superiores.

5.3. O MP como Parte

O art. 81 do CPC apresenta as hipóteses em que o MP atua como parte no processo, estabelecendo que o mesmo assim agirá nas hipóteses em que houver expressa determinação legal. Dessa forma, o MP só é parte de acordo com o princípio da legalidade, sendo que em casos não previstos em lei o MP não pode atuar como parte.

5.4. O MP como Fiscal da Lei

O MP terá papel fiscalizatório, de acordo com o art. 82 do CPC, nas seguintes hipóteses:

- nas causas em que há interesses de incapazes;
- em todas as causas que digam respeito ao estado da pessoa;
- nas causas em que existem litígios coletivos, pela posse de terra rural, e em todas as causas de interesse público.

6. DAS PARTES E SEUS PROCURADORES

Com relação às pessoas, o CPC dispõe que os incapazes devem ser, em juízo, representados ou assistidos.

O CC dispõe que a procuração outorgada por menor relativamente incapaz, assistido por seu representante legal, deve ser por instrumento público. Entretanto, o art. 38 do CPC dispõe que a procuração para o foro em geral pode ser conferida por instrumento público ou particular, não havendo nenhuma ressalva.

Então, o CPC cuida das procurações *ad judicia* e o CC continua cuidando das procurações em geral. Portanto, o menor relativamente incapaz, assistido por seu representante legal, que outorgar procuração, se esta for *ad judicia*, poderá ser por instrumento particular.

Se o incapaz é menor órfão (ou com pais destituídos do pátrio poder), será representado por um tutor. No caso de loucos e surdos-mudos, estes serão representados por um curador e os pródigos serão assistidos por um curador. O tutor é quem irá representar o menor até ele completar a maioridade.

6.1. Curador

Será nomeado um curador especial quando:

- incapaz não tem representante;
- incapaz tem representante, mas a ação que ele moverá é conflitante com o interesse de seu representante (ex.: o pai quer vender para um dos seus filhos, mas possui um filho menor; não poderá representá-lo tendo em vista ter interesse);
- sempre que o réu estiver preso (em regime fechado ou semi-aberto), para que ele possa exercer plenamente seu direito de defesa. Entretanto, só será nomeado curador especial se o réu for citado e não possuir defensor;
- se o réu revel for citado por edital ou com hora certa e não comparecer em juízo, visto que tem direito do contraditório e da ampla defesa.

Essas hipóteses estão previstas no CPC, entretanto a Lei n. 8.842/94 (Estatuto do Idoso) previu mais uma hipótese para o idoso que tenha 60 anos completos, se este, em razão da idade, não possuir condições de discernir e acompanhar o processo. Se o idoso já estiver bem representado, não haverá necessidade de nomeação de curador especial.

O curador especial deverá apresentar contestação, trazendo elementos ou apresentando negativa geral. Poderá argüir suspeição, impedimento e incompetência. Não poderá ajuizar ações, portanto, não pode reconvir nem ajuizar ações declaratórias incidentais. A exceção é no processo de execução, tendo em vista que o meio processual de defesa são os embargos de devedor ou execução, que é uma verdadeira ação, e poderá ser proposta pelo curador especial.

Embora não haja determinação legal de que o curador deverá ser advogado, o Juiz, normalmente, nomeará um advogado, visto que, se for curador leigo, deverá contratar um advogado para auxiliá-lo. A pessoa nomeada como curador poderá declinar, não havendo obrigatoriedade de aceitar o encargo.

6.2. Pessoas Casadas

As pessoas casadas possuem plena capacidade, porém sofrem limitações em juízo no caso de ações reais imobiliárias e qualquer ação que tem por objeto um bem imóvel, visto que as pessoas casadas, para propor qualquer uma dessas ações, devem trazer a outorga uxória (autorização do outro cônjuge). Essa limitação é exigida independente do regime de bens, pois o cônjuge tem o dever de proteger os bens do outro cônjuge.

- *Pólo ativo*: no casamento com regime de separação de bens, quem figura no pólo ativo é o cônjuge proprietário, trazendo a respectiva outorga uxória. No casamento com regime de comunhão de bens, forma-se um condomínio entre os cônjuges e os dois podem figurar no pólo ativo, conjunta ou separadamente; caso optem por ingressar com ação separadamente, dever trazer a outorga uxória.

- *Pólo passivo*: sempre que figurar no pólo passivo de uma ação real imobiliária uma pessoa casada, deverão ser citados, obrigatoriamente, ambos os cônjuges, ou seja, forma-se um litisconsórcio necessário, ainda que o outro cônjuge não tenha nenhum envolvimento com o fato que gerou a ação. Nas ações possessórias, não se aplicam as regras das ações reais imobiliárias, tendo em vista a sua natureza pessoal, ou seja,

nas ações possessórias não há necessidade de outorga uxória no pólo ativo, nem litisconsórcio necessário no pólo passivo.

6.3. Pessoas Jurídicas

As pessoas jurídicas, tanto de Direito Público quanto de Direito Privado podem ser parte no processo, sendo representadas por seus respectivos representantes:

- A União é representada pela Advocacia-Geral da União.
- Os Estados-membros são representados pelos Procuradores do Estado.
- Os Municípios são representados pelos Procuradores do Município ou, na falta destes, pelo Prefeito.
- As pessoas jurídicas de Direito Privado serão representadas pelas pessoas que os seus estatutos designarem. Não havendo disposição no estatuto, serão representadas por seus diretores.
- A massa falida será sempre representada pelo síndico.
- A herança jacente e herança vacante serão representadas por um curador nomeado pelo Juiz:
  - *Herança vacante*: transforma-se em herança vacante aquela herança jacente quando, após um ano da publicação do 1.º edital, não houver comparecimento de nenhum herdeiro. Neste caso, a herança vai para o Município após 5 anos da abertura da sucessão.

- *Herança jacente:* quando o sujeito morre sem deixar testamento e sem deixar nenhum herdeiro. Implica na publicação de editais para chamamento de eventuais herdeiros.

- O espólio é representado pelo inventariante. Antes da abertura do inventário, quem representa o espólio é o administrador provisório. Se não houver alguém que aceite a função de inventariante, o Juiz nomeará um inventariante dativo. No caso de inventariante dativo, quem representará o espólio são os herdeiros:

  - *Espólio:* é a massa indivisa dos bens deixados por alguém que já morreu. Surge com a abertura da sucessão e dura até o trânsito em julgado da sentença que decretou a partilha dos bens.

  - *Administrador provisório:* é quem está na administração dos bens desde a morte do sujeito.

- Os condomínios são representados pelos síndicos;

- A sociedade de fato é representada pela pessoa que estiver na administração dos bens.

7. SUCESSÃO E SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

7.1. Introdução

O legislador, no art. 41 do CPC, ao utilizar a expressão “substituição”, deveria ter utilizado a expressão “sucessão”. Isso porque esta significa que alguém passa a ocupar, sucessivamente no tempo, o lugar de outrem. A

substituição, por sua vez, implica em alguém estar ocupando o lugar que poderia ser de outrem, concomitantemente no tempo, segundo outro critério.

O art. 42 engloba, na verdade, tanto a substituição quanto a sucessão. O instituto da substituição existe em decorrência da *perpectuatio legitimationis* (art. 42, *caput*, do CPC). As mudanças no direito material não se refletem automaticamente no processo. Por conseguinte, o adquirente da relação material não ingressa em juízo substituindo o alienante, salvo se a outra parte anuir. Na melhor das hipóteses, poderá assistir o alienante.

O art. 42, *caput*, do CPC demonstra claramente que o distanciamento que pode haver entre a *lagitimatio ad causam* e a *legitimatio ad processum*, pois a parte que remanesce no processo tem só *legitimatio ad processum* e o adquirente é que tem *legitimatio ad causam*, pela ficção trazida por meio da *perpectuatio legitimationis*. O equívoco da lei está no fato de utilizar a expressão "substituindo", quando na verdade o adquirente está sucedendo o alienante.

Para que haja sucessão *inter vivos* na relação processual, é necessário:

- admissibilidade por disposição legal (art. 41, CPC);
- vontade da parte contrária (art. 42, § 1.º, CPC).

Já no caso de sucessão *mortis causa*, a vontade da parte contrária é irrelevante (art. 43, CPC).

7.2. Procuradores

A capacidade postulatória também vem disciplinada nos arts. 42 e 45 do CPC, podendo ser também procuradores das partes. A parte pode revogar o

mandato, mas precisa constituir outro patrono. Da mesma forma, o advogado que renuncia, deve evitar prejuízo e continuar representante por, pelo menos, dez dias, até que seja constituído outro procurador.

8. LITISCONSÓRCIO

É a pluralidade de partes. É um dos fenômenos processuais mais comuns, tanto no pólo ativo quanto no pólo passivo. Havendo pluralidade de réus, o litisconsórcio é passivo; de autores, o litisconsórcio é ativo. Se há pluralidade de réus e autores, o litisconsórcio é misto.

O primeiro motivo que leva à existência do litisconsórcio é a economia processual. Admite-se também o litisconsórcio para evitar as decisões conflitantes.

8.1. Classificação

8.1.1. Quanto à formação

- *Litisconsórcio necessário*: existem algumas situações em que o litisconsórcio deve ser formado obrigatoriamente. Não há nenhuma opção das partes em formar ou não o litisconsórcio.

- *Litisconsórcio facultativo*: não é obrigatório, formando-se o litisconsórcio pela opção do autor, ou seja, será o autor quem irá decidir se será formado o litisconsórcio.

8.1.2. Quanto à decisão

- *Litisconsórcio Unitário*: quando o Juiz deve, obrigatoriamente, proferir sentença igual para todos os litisconsortes. O Juiz não tem opção.

- *Litisconsórcio Simples*: quando o Juiz pode optar por dar sentenças diferentes. O Juiz pode optar por proferir sentença igual para cada um dos litisconsortes.

8.2. Litisconsórcio Multitudinário

É o litisconsórcio excessivo, tanto no pólo ativo quanto no pólo passivo. O CPC passou a permitir ao Juiz, no caso de litisconsórcio multitudinário, reduzir o número de litigantes. Este número poderá ser reduzido em duas situações:

- quando, pelo excesso do número de partes, houver prejuízo à rápida solução do litígio;

- quando, pelo excesso do número de partes, houver prejuízo ao direito de defesa.

Presentes quaisquer dessas hipóteses, o Juiz tem o poder de reduzir o número de litisconsortes. O entendimento absolutamente dominante é no sentido de que o Juiz tem poderes para determinar de ofício o desmembramento do processo, a redução do número de litigantes.

Há um entendimento minoritário, sustentado pelo Prof. Nelson Nery Júnior, segundo o qual, se houver prejuízo à rápida solução do litígio, o Juiz poderá determinar de ofício a redução do número de litisconsortes, visto ser de

interesse público; entretanto, havendo prejuízo do direito de defesa, o Juiz não pode reduzir o número de litisconsortes de ofício, tendo em vista não haver interesse público.

Verificado o número excessivo, o Juiz deverá determinar o desmembramento do processo, não havendo extinção do processo para nenhuma das partes. Este desmembramento será feito observando-se o caso concreto. Só poderá haver o desmembramento quando houver litisconsórcio facultativo, e quem arcará com as custas do desmembramento será a parte que criou o litisconsórcio multitudinário (sempre o autor).

Se o Juiz não determinar o desmembramento do processo, cabe ao réu formular o pedido de desmembramento. O réu deve formular este requerimento no prazo da contestação. No caso de vários réus, basta que um deles requeira o desmembramento.

O requerimento de desmembramento interrompe o prazo para o oferecimento da contestação, ou seja, o réu receberá de volta o prazo para a contestação na integralidade. O prazo ficará interrompido até o momento em que o réu for intimado da decisão do Juiz, desmembrando ou não o processo. Esse requerimento, ainda que seja feito por apenas um dos réu, interrompe o prazo para todos os outros réus.

Caso o requerimento de desmembramento seja abusivo, percebendo o Juiz que o réu agiu de má-fé, interrompe-se o prazo, mas aplica-se as penas da litigância de má-fé.

8.3. Litisconsórcio Facultativo

Para que haja um litisconsórcio facultativo, deve haver entre os litisconsortes um mínimo de relação, de semelhança. O art. 46 do CPC traz os requisitos para que se forme um litisconsórcio facultativo:

- *Quando houver comunhão de direitos e obrigações*: é uma forma de cuidar das hipóteses de solidariedade, ou seja, haverá litisconsórcio facultativo quando houver solidariedade (ex.: *A* é credor e *B*, *C* e *D* são devedores solidários; *A* pode ingressar com cobrança tanto contra cada um, separadamente, ou contra os três).

- *Quando houver identidade de fundamentos de fato ou de direito*: é causa de pedir, ou seja, quando duas pessoas desejarem mover uma ação com o mesmo fundamento, poderão optar por ingressar com a ação conjunta ou separadamente.

- *Quando houver conexão*: a conexão inclui a identidade de pedido e a identidade de causa de pedir. Então não haveria necessidade da cláusula “b”.

- *Quando houver afinidade por um ponto de fato ou direito*: situações afins são aquelas que possuem alguma semelhança. A expressão “afinidade” utilizada pelo legislador não é uma expressão exata. Essa expressão vaga foi utilizada propositalmente para que se permita ao Juiz uma certa margem de “liberdade” para verificar se há ou não similitude que permita a formação do litisconsórcio.

8.4. Litisconsórcio Necessário

Existem certas situações que em que o litisconsórcio é necessário por força de lei, ou seja, existe um dispositivo em lei que determina que se forme o litisconsórcio (ex.: pólo passivo em ação de usucapião etc.).

Existem outras situações em que o litisconsórcio é necessário, ainda que não exista lei determinando sua formação. Há certas situações em que existe uma única relação jurídica que pertence a mais de uma pessoa (ex.: o casamento é uma relação jurídica que pertence a, no mínimo, duas pessoas). Quando há uma relação jurídica que pertença a duas ou mais pessoas, qualquer ação que envolva essa relação jurídica deverá, obrigatoriamente, formar um litisconsórcio necessário, ainda que não disposto em lei (ex.: se o MP entrar com uma anulação de casamento, obrigatoriamente haverá um litisconsórcio necessário no pólo passivo).

Então, o litisconsórcio será necessário por duas razões:

- por força de lei;
- pela natureza da relação jurídica (relação jurídica única que envolve mais de um interessado).

Quando o litisconsórcio for necessário em razão da natureza da relação jurídica, além de necessário, ele será, obrigatoriamente, unitário (uma única sentença para todos os litisconsortes). Somente poderá haver litisconsórcio necessário simples quando ele for necessário por força de lei.

Havendo uma única relação jurídica que envolva mais de um interessado, se sobreviesse uma lei autorizando que apenas um deles defendesse a relação jurídica (legitimação extraordinária ou substituição

processual), estaria criando um litisconsórcio facultativo, mas ainda unitário, visto que a relação jurídica é única.

Então, conclui-se que, no campo da normalidade, quando há uma relação jurídica que pertença a várias pessoas, formar-se-á um litisconsórcio necessário. Entretanto, excepcionalmente, quando houver autorização expressa em lei (legitimação extraordinária ou substituição processual), poderá se formar um litisconsórcio facultativo. Nos dois casos haverá, sempre, um litisconsórcio unitário (a sentença deve ser a mesma para todos os litisconsortes).

Quando há legitimação extraordinária ou substituição processual, os litisconsortes que não ingressaram com a ação, poderão ingressar no processo, posteriormente, como assistentes litisconsorciais.

Quando houver um litisconsórcio necessário no pólo passivo e o autor não incluir um dos litisconsortes, o Juiz deverá dar um prazo para que o autor emende a inicial no prazo de dez dias. Caso não haja a inclusão do requerido faltante no pólo passivo da ação, o Juiz deverá indeferir a Petição Inicial.

Entretanto, se houver um litisconsórcio necessário no pólo ativo e um dos autores se recusar a ajuizar a ação, haverá uma grande discussão doutrinária sobre a possibilidade de forçá-lo a entrar com a ação. Uma parte, mais tradicional, da doutrina entende que não há como obrigar alguém a propor uma ação, então a ação estaria inviabilizada. Outros doutrinadores, no entanto, entendem que seria injusto inviabilizar a ação somente pelo fato de um dos litisconsortes necessários não aceitar ingressar com a ação, visto que estaria impossibilitando que os outros tivessem acesso à justiça.

Surge, então, um problema prático de como compelir o outro litisconsorte a ingressar em juízo. Existe um entendimento de que os

litisconsortes necessários ingressariam com a ação e indicariam o litisconsorte que não aceitou ingressar, requerendo a citação deste para integrar a relação processual. Desta forma não se impede que os litisconsortes tenham acesso à justiça.

8.5. Regime do Litisconsórcio

Não é relevante, para o regime do litisconsórcio, a classificação do litisconsórcio em necessário ou facultativo. Para definir o regime do litisconsórcio, deve-se saber, em primeiro lugar, se o litisconsórcio é simples ou unitário.

Se o litisconsórcio é simples, *a priori*, o regime é de independência, ou seja, os atos praticados por um dos litisconsortes não afetarão o outro. Entretanto, no caso de litisconsórcio simples, se a contestação de um dos litisconsortes for comum ao outro, e caso um dos litisconsortes permaneça revel, a contestação daquele irá aproveitar a este, ou seja, os atos praticados por um dos litisconsortes afetarão o outro.

Se o litisconsórcio for unitário, não pode haver entre eles o regime da independência, visto que a sentença, ao final, deverá ser a mesma para todos; então, os atos praticados por um dos litisconsortes afetam os outros.

No caso de uma confissão em litisconsórcio unitário, ela não atingirá os demais litisconsortes. Os atos benéficos (contestação, apelação etc.) afetam os demais litisconsortes. Entretanto, quando o ato for prejudicial (ex.: confissão), não poderá afetar os demais litisconsortes, visto que ninguém pode ser prejudicado por ato que não praticou. No caso de litisconsórcio unitário, se houver confissão de somente um dos litisconsortes, a confissão será ineficaz, visto que não poderá atingir os demais e a sentença deverá ser igual para todos.

O ato prejudicial, que não for praticado por todos os litisconsortes, será sempre ineficaz, visto não poder atingir aqueles que não o praticaram.

1. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

São cinco as hipóteses de intervenção de terceiros previstas no CPC: assistência, denunciação da lide, oposição, chamamento ao processo e nomeação à autoria.

1.1. Assistência

Foi inserida fora do capítulo destinado à intervenção de terceiros. A conclusão da doutrina é unânime de que foi um equívoco do legislador deixá-la fora do capítulo destinado à intervenção de terceiros.

1.1.1. Assistência simples

Assistente Simples é aquele que tem interesse jurídico que a sentença seja favorável a uma das partes. Então, o assistente simples não é alguém indiferente ao processo. Não basta que haja o interesse meramente econômico, deve haver o interesse jurídico.

Para saber se o terceiro interessado terá interesse jurídico na ação, deve-se responder três perguntas:

- Terceiro possui relação jurídica com uma das partes?
- Esta relação jurídica é diversa da que está sendo discutida?

- Resultado da ação afeta a relação jurídica entre o terceiro e a parte?

a) 1.º exemplo

A celebrou com *B* contrato de locação, e *B* celebrou com *C* um contrato de sublocação. Num determinado momento, *A* move contra *B* uma ação de despejo. Decretado o despejo, o contrato entre *B* e *C* será prejudicado (contrato derivado). Neste caso, as três perguntas são respondidas afirmativamente, então, *C* poderá ingressar como assistente na ação de despejo movida por *A* contra *B*.

b) 2.º exemplo

A é credor de *B*. *A* move contra *B* uma ação de cobrança. *B* tem uma segunda dívida para com *C*. Neste caso, *B* tem dois credores, *A* e *C*. Movida esta ação de cobrança, para o credor *C* será mais vantajoso que esta ação seja julgada improcedente. *C* poderá ingressar na ação como assistente? As duas primeiras perguntas são respondidas afirmativamente. Entretanto, o resultado da ação não afeta a relação jurídica entre *B* e *C*, havendo um interesse meramente econômico. Então, neste caso, *C* não poderá requerer seu ingresso como Assistente desta ação (não há interesse jurídico).

c) 3.º exemplo

A é vítima de acidente de trânsito e move ação contra o causador do acidente, *B*, que possui um contrato com a seguradora *C* (*B* no caso de procedência da ação terá direito de regresso em relação à *C*). *C* quer que a ação

seja julgada improcedente para não haver o direito de regresso. Neste caso, se a ação for julgada procedente, *B* terá direito de regresso; se a ação for julgada improcedente, *B* não terá direito de regresso. Então *C* poderá ingressar como assistente.

d) 4.º exemplo

A é credor que move ação contra fiador *B*, deixando de fora o devedor principal, *C*. O devedor principal poderá ingressar como assistente pelos mesmos motivos do 3.º exemplo.

O assistente simples deve possuir uma relação jurídica com uma das partes - esta relação jurídica deve ser diversa da que estiver sendo discutida - e o resultado da ação deve afetar a sua relação jurídica com uma das partes do processo.

O assistente simples tem uma atuação subordinada, ou seja, não pode praticar nenhum ato que contrarie a vontade do assistido. E ainda, não pode ser atingido pela coisa julgada, visto não ser titular do direito que está sendo discutido. Entretanto, o assistente simples sofre os efeitos da justiça, da decisão se efetivamente ingressou no processo como tal. Isto significa que o assistente simples, em nenhum outro processo, poderá discutir os fundamentos da sentença.

Contudo, o assistente simples não será atingido pela justiça, da decisão se ele ingressou em uma fase muito adiantada do processo ou se o assistido impediu ou tolheu a efetiva participação do assistente.

1.1.2. Assistente litisconsorcial

Assistência litisconsorcial só pode ocorrer se previamente ocorrer o fenômeno da legitimação extraordinária ou substituição processual. A pessoa que pode ingressar no processo como assistente litisconsorcial é aquela que tem a qualidade de substituído processual (aquele que não é parte no processo, mas é titular do direito).

A partir do momento que ingressa no processo, o assistente litisconsorcial terá os mesmos poderes de um litisconsorte, tendo em vista que o assistente litisconsorcial é o próprio titular do direito que está sendo discutido.

O assistente litisconsorcial será atingido pela coisa julgada material, tendo em vista que possui a qualidade de substituído processual, ou seja, o assistente litisconsorcial não é atingido pela coisa julgada pelo fato de ter intervindo no processo como assistente, mas sim pelo fato de ser titular do direito que está sendo discutido.

1.2. Denunciação da Lide

Tem natureza jurídica de verdadeira ação do denunciante contra o denunciado. São duas ações em um só processo. Existe, também, a denunciação da lide feita pelo autor. Todas as hipóteses de denunciação da lide estão associadas ao direito de regresso. As hipóteses de cabimento estão descritas no art. 70 do CPC e este rol é taxativo.

1.2.1. Quando houver evicção (inc. I)

Evicção é um instituto de direito civil, especificamente da parte dos contratos onerosos no direito das obrigações. Existe quando uma pessoa adquire um bem e perde este bem pelo fato de ele pertencer a um terceiro que não o vendedor. A pessoa que adquire o bem tem direito de regresso em face ao vendedor. São sempre três personagens: o vendedor; o comprador crédulo e o verdadeiro proprietário do bem.

O verdadeiro proprietário move uma ação contra o comprador. Este denuncia o vendedor. Somente haverá direito de regresso se esta ação for julgada procedente e o comprador tiver que devolver o bem ao verdadeiro proprietário.

Pode haver a denunciação da lide pelo autor no caso de o comprador adquirir um bem de alguém que já não é mais proprietário (caso o bem esteja usucapido, por exemplo). Neste caso, o comprador ingressa com uma ação reivindicatória contra o terceiro que está na posse do imóvel e denuncia o vendedor para que, ao final – caso a ação seja julgada improcedente –, possa exercer o direito de regresso contra ele. Se o vendedor estiver de boa-fé, terá a obrigação de devolver o dinheiro ao comprador; se estiver de má-fé, além de devolver o dinheiro, deverá pagar uma indenização por perdas e danos.

1.2.2. Do possuidor direto ao possuidor indireto ou proprietário (inc. II)

A posse se desmembra sempre que houver um contrato ou um direito real sobre coisa alheia, pelo qual há a entrega temporária de um bem (ex.: contrato de locação, usufruto, etc.).

Podem ocorrer situações em que o possuidor indireto não será o proprietário, visto que a posse poderá se desmembrar várias vezes (ex.: *A* é proprietário de um imóvel e dá este imóvel em usufruto a *B*; este loca o imóvel a *C*. Neste caso, *C* é possuidor direito do imóvel, e *A* e *B* serão possuidores indiretos, sendo que *B* não é proprietário do imóvel).

Cabe, então, denunciação da lide do possuidor direto contra o possuidor indireto ou o proprietário. O possuidor direto terá direito de regresso (ex.: *A* loca um apartamento a *B*; o apartamento tem um vazamento que inunda o apartamento vizinho que pertence a *C*. Este ingressa com uma ação contra *B* para receber indenização pelos danos obtidos. *B* denuncia *A* para que possa, caso a ação seja julgada procedente, exercer seu direito de regresso.

1.2.3. Quando houver direito de regresso por contrato ou lei

- *por contrato*: ocorre, por exemplo, nos casos de seguro contra terceiros. O segurado denuncia a seguradora para que possa exercer seu direito de regresso.
- *por lei*: ocorre, por exemplo, no caso de patrão que responde pelos atos de seu empregado, deve denunciar o empregado para que possa exercer seu direito de regresso.

Quando a denunciação da lide estiver fundada no inc. III, tem-se formado uma corrente doutrinária que entende que o Juiz não deve deferir a denunciação da lide quando ela introduzir um fundamento novo à demanda. Este fundamento novo deve ser aquele que alonga o processo, tendo em vista

haver necessidade de produção de prova que irá prejudicar a vítima pelo retardamento do processo.

O entendimento majoritário é de que a denunciação da lide somente é obrigatória na hipótese de evicção sob pena de perda do direito de regresso. Evicção é um instituto de direito material; o art. 1.116 do CC dispõe que, se houver evicção, o evicto deverá fazer a denunciação da lide. Portanto, a hipótese de evicção da denunciação da lide é considerada obrigatória.

a) Procedimento da denunciação da lide

- *Denunciação da lide feita pelo réu*: o momento adequado para que o réu faça a denunciação da lide é no prazo da contestação (no prazo da contestação significa junto com a contestação). A denunciação da lide deve ser apresentada simultaneamente com a contestação, sob pena de preclusão, podendo ser apresentada na própria contestação ou em peça autônoma, devendo ser fundamentada. Se o Juiz entende que não é caso de denunciação da lide, ele indefere de plano; o recurso cabível, neste caso, é o agravo de instrumento. Se o Juiz deferir a denunciação da lide, determinará que o denunciado seja citado para oferecer contestação. Além de o denunciado contestar a denunciação da lide, nada obsta que também conteste a petição inicial, tendo em vista ter interesse em que a ação seja julgada improcedente. Quando o denunciado é citado e vem ao processo, o denunciante e o denunciado serão considerados pela parte contrária como litisconsortes. Entretanto o Código foi impreciso, visto que com a relação que se forma no caso de denunciação da lide, o denunciado seria assistente simples. O STJ proferiu um entendimento de que deve-se interpretar gramaticalmente

a letra da lei, então o denunciado será considerado um litisconsorte, tendo direito ao prazo em dobro para contestar.

- *Denunciação da lide feita pelo autor*: quando a denunciação da lide é feita pelo autor, deve ser feita na própria petição inicial, o que implicará no seguinte: haverá uma única petição inicial, na qual serão veiculadas duas ações (ação principal e denunciação da lide). Se a petição inicial estiver em termos, o Juiz deverá mandar citar tanto o réu quanto o denunciado. Deferida a denunciação da lide, o denunciante e o denunciado serão considerados como litisconsortes perante o réu. Então o denunciado será co-autor, possuindo poderes para aditar a petição inicial. Por este motivo, ele deverá ser citado para manifestar-se nos autos antes da citação do réu.

- *Denunciação sucessiva*: Exemplo: *A* compra uma linha telefônica da empresa *B*. Certo tempo depois a empresa *B* abre falência e os efeitos retroagem à data da compra efetuada (termo legal da quebra); a compra efetuada por *A* é considerada, portanto, ineficaz. Entretanto, antes da falência, *A* teria transferido a linha para *C*, que transferiu para *D*, que transferiu para *E*. O síndico da massa falida move uma ação contra *E* para reaver a linha telefônica. *E* deve fazer denunciação da lide a *D* que fará denunciação da lide a *C* que fará denunciação da lide a *A* que deverá habilitar o crédito para receber da empresa *B*.

1.3. Chamamento ao Processo

O chamamento ao processo, como a denunciação da lide, está relacionado ao direito de regresso. Entretanto, o chamamento ao processo é

mais específico, cabendo apenas quando houver direito de regresso proveniente de fianças ou solidariedade.

Sempre que houver solidariedade, aquele que pagou a dívida integralmente somente poderá cobrar dos demais as respectivas quotas.

1.3.1. Fiança

Se o fiador não faz o chamamento ao processo, ele não perde o direito de regresso. A vantagem de o fiador chamar o devedor ao processo é do ponto de vista de economia processual, visto que exercerá o direito de regresso no mesmo processo. Na execução da sentença condenatória, se o fiador tiver chamado ao processo o devedor, terá beneficio de ordem, ou seja, poderá exigir que sejam penhorados os bens do devedor antes dos deles.

1.3.2. Solidariedade

O chamamento ao processo traz a possibilidade de o réu interferir no pólo passivo, o que causou grande problema quanto ao assunto, pois quem escolhe o réu em uma ação é o autor da mesma na petição inicial.

Uma primeira posição entende que, se o réu chama terceiros ao processo, estes terceiros não integram o pólo passivo da ação, ou seja, o autor não terá uma relação jurídica com os terceiros chamados. Então, se a ação for julgada procedente, o autor somente poderá executar o réu, e este, ao final, poderá cobrar dos terceiros o que foi pago ao autor.

Uma segunda corrente entende que os terceiros chamados integram o pólo passivo na qualidade de co-réus, havendo uma relação jurídica direta

entre o autor e os terceiros chamados. Então, se a ação for julgada procedente, o autor poderá executar tanto o réu quanto os terceiros chamados ao processo. O CPC adotou esta segunda corrente, permitindo que o réu traga ao processo terceiros que não foram acionados pelo autor. Para o autor da ação, esta segunda corrente é mais benéfica, visto que dá ao autor a possibilidade de atingir os bens do réu e dos terceiros.

O chamamento ao processo deverá ser feito na contestação oferecida pelo réu. Se o Juiz defere o chamamento ao processo, os chamados deverão ser citados. É possível o chamamento sucessivo.

1.4. Oposição

A oposição é uma forma de intervenção espontânea de terceiros, ou seja, o terceiro vem ao processo por iniciativa própria. Na oposição, o terceiro surge alegando que o objeto litigioso não pertence nem ao réu nem ao autor, mas sim a ele próprio. O que o terceiro opoente deseja é o objeto litigioso, que será disputado não somente pelo autor e pelo réu, mas também pelo opoente.

A oposição é sempre prejudicial à ação principal, visto que o resultado da oposição afeta no resultado da ação principal. Se o Juiz acolhe a oposição, ele não poderá acolher a ação principal, sob pena de haver uma sentença conflitante.

A oposição é uma forma de intervenção de terceiros que possui natureza jurídica de ação, o que significa que, havendo oposição, haverá duas ações. Na ação principal, figura no pólo ativo o autor e no pólo passivo o réu. Na oposição, o opoente figura no pólo ativo e o autor e o réu da ação principal figuram no pólo passivo, formando um litisconsórcio necessário.

Cabe a oposição se o processo principal estiver entre a fase de citação e a fase de sentença, o que significa dizer que não cabe mais oposição se o processo principal estiver em fase de recurso. O procedimento da oposição variará conforme a fase em que esteja a ação principal, não tendo um procedimento único:

- *entre a citação e antes do início da audiência de instrução*: se a oposição é ajuizada nesta fase, não se formará um novo processo, utilizando-se o mesmo processo da ação principal. Têm-se, então, um único processo para duas ações;
- *entre a audiência de instrução e a sentença*: se a oposição for ajuizada nesta fase, haverá a criação de um processo autônomo. Tem-se, então, dois processos e duas ações (a oposição deve ser distribuída por dependência).

P.: Ajuizada uma oposição, o Juiz entendendo descabida indefere de plano. Neste caso, qual o recurso cabível?

R.: Depende da fase em que a oposição foi interposta. Se foi ajuizada no procedimento "a", não se forma um novo processo e, portanto, o recurso cabível será o agravo de instrumento; se foi ajuizada no procedimento "b", forma-se novo processo e o recurso cabível será a apelação.

No procedimento "a", a sentença será formalmente única; entretanto, devido a relação de prejudicialidade entre a oposição e a ação principal, deverá o Juiz apreciar a oposição antes da ação principal.

Se a oposição foi proposta antes da audiência, o Juiz julga primeiro a oposição e em seguida julga a ação principal numa única sentença. Caso a

oposição for ajuizada após a audiência, o processo principal estará numa fase mais adiantada que a oposição. Do ponto de vista lógico, a oposição deveria ser julgada antes do processo principal, entretanto este estará em fase final e aquele estará em fase inicial.

O CPC trouxe uma solução parcial: o Juiz deveria suspender o processo principal para permitir que a oposição tenha a possibilidade de chegar à mesma fase da ação principal. Entretanto, o Código estabeleceu um limite de, no máximo, 90 dias para a suspensão do processo principal.

Esse prazo de 90 dias dado pelo legislador, muito provavelmente, não será suficiente para a oposição chegar à mesma fase da ação principal. Chega-se, então a maior dificuldade da oposição. Se acontecer de a oposição não chegar à mesma fase da ação principal no prazo dos 90 dias, o Juiz deverá proferir sentença na ação principal, ainda que não tenha sido julgada a oposição (situação extraordinária).

Sendo julgada a ação principal, a disputa na oposição ficará entre o terceiro que a ajuizou e aquele que ganhou a ação principal.

Exemplo: A move ação contra *B. C* ajuíza uma oposição após a audiência. Os 90 dias previsto no CPC não são suficientes para que a oposição chegasse à mesma fase da principal e o Juiz deverá julgar a ação principal antes da oposição. Podem ocorrer algumas situações:

- Juiz julga procedente a ação principal e improcedente a oposição: neste caso *A* terá direito ao objeto do litígio;
- Juiz julga improcedente a ação principal e improcedente a oposição: neste caso *B* teria direito ao objeto do litígio;

- Havendo desistência da ação principal, a oposição prossegue com o terceiro no pólo ativo e com o réu da ação principal no pólo passivo da oposição.

O CPC tem um artigo expresso que dispõe que, havendo oposição, os opostos devidamente citados terão o prazo de 15 dias para contestar. Há, então, uma exceção à regra geral de que, quando houver um litisconsórcio contra advogados diferentes, o prazo será em dobro.

Entretanto, deve-se deixar claro que o CPC excepciona a regra geral tão somente para o caso de contestação; portanto, os prazos para quaisquer outros atos processuais serão em dobro.

1.5. Nomeação à Autoria

É uma intervenção de terceiros provocada pelo réu. A nomeação à autoria só cabe numa hipótese específica, por este motivo raramente ocorre. O instrumento da nomeação à autoria só se justifica devido à dificuldade de se destinguir posse e detenção. Portanto, a nomeação à autoria está restrita ao problema de posse e de detenção. A nomeação à autoria existe quando se move uma ação equivocadamente contra quem é mero detentor.

Exemplo: A é proprietário de um terreno. *B* invade este terreno e coloca um empregado seu (*C*) para tomar conta do terreno. *A* descobre a invasão e interpõe a ação contra *C* (que está com a detenção do terreno). *C* é parte ilegítima na ação (visto ser mero detentor), então deverá fazer a nomeação à autoria em face de *B*, que é o legítimo possuidor.

A nomeação à autoria serve para que se resolva o problema, a ilegitimidade da ação, devido à confusão que o autor possa vir a fazer em

relação à posse e à detenção. O CPC dispõe que a nomeação à autoria é obrigatória, ou seja, o réu está obrigado a fazer a nomeação à autoria sob pena de responder por perdas e danos.

A nomeação à autoria é a única espécie de intervenção de terceiros que precisa ser aceita, ou seja, existe a possibilidade de que a nomeação à autoria seja rejeitada pela parte. Possui esta característica, tendo em vista que, se a nomeação à autoria for acolhida, o réu originário será substituído pelo réu nomeado. A nomeação à autoria deve ser aceita pelo autor e pelo nomeado.

O prazo que o mero detentor tem para fazer a nomeação à autoria é o mesmo da contestação (15 dias no procedimento ordinário). Não cabe nomeação à autoria no procedimento sumário.

O detentor pode fazer a nomeação à autoria no prazo da contestação, mas não há necessidade de contestar neste prazo, visto que, se a nomeação à autoria for aceita, ele sairá do pólo passivo; e se a nomeação à autoria for rejeitada, ele terá seu prazo devolvido.

Apresentada a nomeação à autoria, o Juiz deve intimar o autor que deverá se manifestar acerca da aceitação ou não (prazo de 5 dias). Se o autor recusar a nomeação à autoria e for comprovado que o réu originário é parte ilegítima, o processo será extinto sem julgamento do mérito. O silêncio do autor na nomeação à autoria significa a aceitação da nomeação por parte do autor.

Se o autor aceitar a nomeação, o Juiz determinará que o nomeado seja citado. Citado, o nomeado tem a possibilidade de aceitar ou recusar a nomeação à autoria no prazo para contestação (15 dias). Se ele aceitar, deverá apresentar conjuntamente a contestação. Se, nesses 15 dias, ele silenciar, presume-se a aceitação da nomeação à autoria e será considerado revel.

Se o nomeado recusa a nomeação, a ação continurá correndo contra o réu originário (a nomeação fica sem efeito), havendo o risco de o processo ser julgado extinto sem julgamento do mérito. Entretanto, se o nomeado recusar indevidamente a nomeação à autoria, ele deverá arcar com perdas e danos.

Se a nomeação à autoria for recusada, seja pelo autor, seja pelo nomeado, a ação continuará a correr contra o réu originário e a ele será devolvido, na íntegra, o prazo para contestação.

2. DA PETIÇÃO INICIAL

Petição inicial é o ato por meio do qual se solicita a tutela jurisdicional. Por meio de petição inicial está sendo exercido o direito de ação.

2.1. Característica

- É o ato que “quebra” a inércia da jurisdição.
- É o ato que delimita a extensão da tutela jurisdicional (arts. 128 e 460, CPC).

2.2. Efeitos

As regras de competência são aquelas que prevalecem no momento da distribuição da petição inicial (perpetuação da jurisdição).

A ação considera-se proposta no momento que a petição inicial é apresentada.

Em relação ao réu, a ação só produzirá efeitos no momento da citação; no entanto, a lei prestigia a data do ajuizamento da ação para efeitos de contagem. Portanto, a partir da citação do réu, a interrupção da prescrição retroage à data da distribuição da petição inicial.

2.3. Requisitos

- *Indicação da autoridade judicial* (endereçamento).
- *Nome e qualificação das partes*: em primeiro lugar, a qualificação correta cuida do problema de homonímia, para que uma terceira pessoa não seja prejudicada com os efeitos do ajuizamento da ação. Entretanto, a qualificação do réu não é obrigatória, devido ao fato de que, em certas ocasiões, o autor poderá não saber a identificação correta do réu. Os arts. 907 e 942 do CPC prevêem dois casos em que os réus não precisam ser identificados por não se conhecer sua existência.
- *Fatos e fundamentos jurídicos do pedido* (causa de pedir): o que interessa para o sistema jurídico brasileiro são os fatos em concreto narrados, é o conjunto de fatos narrados pelo autor. O Juiz sentenciará exclusivamente sobre os fatos narrados na petição inicial. O CPC proíbe que a causa de pedir e o pedido sejam alterados após a citação do réu.
- *Pedido*: objeto imediato (provimento jurisdicional) e objeto mediato (bem da vida).

- *Valor da causa*: toda causa deve ter valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico estimado (art. 258 do CPC). Havendo um conteúdo econômico, o valor da causa deve-se espelhar nele. Duas correntes versam sobre a impugnação ao valor da causa: *simplista*, onde somente o réu poderá impugnar o valor da causa; e *híbrida*, onde, além do réu, o Juiz poderá, de ofício, ordenar que o autor modifique o valor da causa nos casos em que a lei expressa qual ele será (ex.: art. 259 da Lei das Locações). O valor da causa tem três aspectos:

  – fiscal (o valor da causa determina o recolhimento das custas);

  – interferência na fixação de competência (dependendo do valor da causa, o processo poderá correr na Justiça Comum ou nos Juizados Especiais);

  – fixa o rito (ordinário ou sumário – art. 275, I, do CPC). O pedido afeta o valor da causa, visto que este é diretamente influenciado pelo objeto.

- *Protesto por provas*: no procedimento ordinário não é tão importante. No entanto, no procedimento sumário, deve-se apresentar rol de testemunhas, quesitos (se houver perícia) e indicar assistente técnico. A jurisprudência tem sido benevolente quanto a estes aspectos, tendo em vista a impossibilidade de se prever o que será alegado em contestação e os contornos da lide.

3. PEDIDO (ART. 286 DO CPC)

O pedido deve ser certo e determinado, ou seja, o autor deve expor qual a solução que ele acha acertada e o Juiz a acolherá ou não. Ainda, o objeto da providência deverá ser definido, por exemplo, se está se requerendo uma declaração, deve-se definir qual é a declaração; se está se requerendo uma soma em dinheiro, deve-se definir o quanto se requer.

Existem, no entanto, algumas exceções em que a lei admite pedido genérico, quais sejam:

- quando se fala em universalidade de bens sem que seja possível se definir quais bens constituem esta universalidade (ex.: herança, massa falida etc.);
- nos casos de atos ilícitos, quando não for possível estabelecer a conseqüência definitiva destes atos (ex.: acidente de carro sem que a vítima tenha se curado completamente);
- quando o valor final da condenação dependa de um ato final do réu (ex.: na ação de prestação de contas).

O pedido tem um conteúdo explícito e um conteúdo implícito. O conteúdo explícito é o mediato e o imediato. O conteúdo implícito são os elementos que consideram-se incluídos no pedido mesmo que o autor não chegue a mencioná-lo, ou seja, os pedidos implícitos são considerados integrantes do pedido principal (ex.: honorários advocatícios, correção monetária, prestações vincendas etc.).

Pode acontecer de existir mais de um pedido dentro de um único processo. À essa hipótese, dá-se o nome de cumulação, que pode ocorrer de duas formas: subjetiva e objetiva.

3.1 Cumulação Subjetiva (Litisconsórcio)

São diversos pedidos feitos por sujeitos diferentes dentro de um mesmo processo. Esta multiplicidade de pedidos deriva do fato de existir mais de um pedido devido à existência de mais de um sujeito fazendo ou sofrendo tais pedidos.

3.2. Cumulação Objetiva

Quando o autor cumula vários pedidos contra o réu. Esta cumulação poderá ser:

- *Própria ou em sentido estrito*: modalidade de cumulação onde o autor formula vários pedidos e espera que todos eles sejam acolhidos. Pode ser:
  - *simples*: quando cada pedido for autônomo em relação ao outro, ou seja, a apreciação de cada pedido não interfere no julgamento do outro;
  - *sucessiva*: haverá necessidade de uma coerência lógica das decisões do Juiz, existindo uma interligação entre os pedidos, ou seja, o acolhimento de um segundo pedido terá, necessariamente, influência no primeiro pedido (ex.: investigação de paternidade

cumulada com pedido de alimentos. Se o Juiz não reconhecer a filiação, não terá sentido acolher o pedido de alimentos).

- *Imprópria ou em sentido lato*: modalidade de cumulação onde o autor formula vários pedidos, mas não espera que todos eles sejam acolhidos. São os casos de:

  – *pedidos alternativos*: quando o autor se encontra diante de uma obrigação alternativa, ou seja, o devedor se exonerará pelo cumprimento de uma das opções existentes;

  – *cumulação eventual*: quando o autor faz um segundo pedido visando a prevenção para eventual improcedência do primeiro pedido.

Os requisitos para que possa haver cumulação objetiva estão previstos no art. 292, § 1.º, do CPC e são:

- *compatibilidade*: deve haver compatibilidade entre os pedidos para que haja coerência na sentença;

- *igualdade de competência*: todos os pedidos devem ser da competência do mesmo juízo;

- *adequação de procedimento*: o procedimento deve ser o mesmo para todos os pedidos.

3.3. Deferimento ou Indeferimento da Petição Inicial

Para que o Juiz dê o provimento jurisdicional, há necessidade do preenchimento dos requisitos "condição da ação" e "pressupostos processuais". Se o Juiz puder verificar a inexistência destes requisitos nos primeiros momentos do processo, ou mandará que se corrija o erro ou extinguira o processo sem julgamento do mérito.

Se o Juiz verificar que a petição inicial está em ordem, as condições da ação estão presentes e os pressupostos processuais estão preenchidos, determinará a citação do réu (art. 285 do CPC). Com essa determinação, pode-se afirmar que o Juiz está deferindo a petição inicial.

A petição inicial poderá apresentar dois tipos distintos de vícios:

- *insanáveis*: se os vícios não forem passíveis de correção, a petição inicial será indeferida por meio de sentença, extinguindo o processo sem julgamento do mérito. Contra essa sentença cabe recurso de apelação (art. 296 do CPC). De posse da apelação, o Juiz terá a possibilidade de retratar-se da sentença que indeferiu a inicial. Esse Juízo de Retratação é obrigatório, visto que a faculdade que o art. 296 dispõe é quanto a retratação ou não. No entanto, o Juiz deverá, obrigatoriamente, examinar a apelação para verificar se irá ou não retratar-se;

- *sanáveis*: quando o vício for sanável, o Juiz é obrigado a dar a oportunidade para que o autor corrija o erro, ou seja, o Juiz não poderá indeferir de plano, sendo obrigado a dar um prazo de 10 dias para que o autor regularize a petição inicial (ex.: falta do valor da causa, falta de documentos etc.). Este prazo, disposto no art. 284 do

CPC, não é peremptório, podendo o Juiz prorrogá-lo se achar que seria apropriado.

O autor, ao final do prazo, ou apresentará a emenda da inicial ou não. Se o erro for corrigido, tem-se uma petição inicial apta, seguindo-se o processo regularmente. Se não for corrigido, a petição inicial será indeferida, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito.

Se o Juiz declarar a petição inicial inepta, após a apresentação da contestação do réu, não será indeferimento da inicial, mas sim a extinção do processo sem julgamento, não sendo analisado pelo art. 286 do CPC.

4. CITAÇÃO

4.1. Conceito

Conforme o art. 213 do CPC, a citação é "o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender". Visa assegurar o direito a ampla defesa do art. 5.º, LV, da CF.

É impossível a existência da relação jurídico-processual sem a realização da citação, porque nenhum efeito surgirá da sentença sem ampla defesa e contraditório. A bilateralidade é fundamental para uma sentença de mérito. O próprio art. 214 determina que é indispensável a citação do réu para a validade do processo.

4.2. Efeitos da Citação

De acordo com o art. 219 do CPC, temos os seguintes efeitos:

- *Prevenção do Juízo:* é a fixação da competência para que um único juízo decida demandas conexas ou continentes. Caso ocorra prevenção entre juízos da mesma comarca, aquele que primeiro despachou atrairá os outros feitos para decisão conjunta (art. 106 do CPC). Caso sejam demandas que tramitem em comarcas diferentes, aquele que primeiro cita, chamará os outros feitos para decisão conjunta (art. 219 do CPC);

- *Litispendência:* aqui significa uma lide pendente. Existe um processo em curso e a parte ingressa com outra ação preexistindo um outro processo (art. 301, § 3.º, do CPC);

- *Faz litigiosa a coisa:* com a citação válida, o bem jurídico passa a ser litigioso, devendo se submeter a uma decisão. Por conseguinte, a litigiosidade faz com que as partes mantenham a coisa no estado em que se encontra, no momento da citação válida. Qualquer alteração ilegal no estado da coisa é considerado um atentado (art. 879, III, do CPC), podendo gerar indenização;

- *Constitui em mora:* a citação constitui em mora o devedor nas obrigações sem vencimento certo. Portanto, temos um efeito material em um instituto processual;

- *Interrompe a prescrição:* caso a parte promova a citação do réu nos dez dias subsequentes ao despacho (art. 219, § 2.º e 3.º, do CPC), cessa a contagem da prescrição e o prazo volta ao seu início. Porém, se ocorrer fora desse prazo de dez dias da ordem do Juiz, ainda assim paralisa a contagem do prazo prescricional, mas por ficção não volta o

prazo à data da propositura da ação, sendo que, se já ocorreu a prescrição, não tem benefício a parte.

4.3. Comparecimento Espontâneo do Réu

Conforme o art. 214, no seu § 1.º, do CPC, o comparecimento espontâneo do réu, supre a falta de citação. Aliás, supre a falta e a nulidade.

Portanto, se a parte, por outras vias, soube da existência da demanda proposta e espontaneamente compareceu para responder, não poderá alegar ausência ou nulidade de citação. Caso o réu compareça apenas para alegar a nulidade e esta realmente exista, o Juiz deverá declarar a nulidade e reiniciar o prazo de contagem de resposta a partir da intimação do despacho da nulidade.

4.4. Pessoalidade e Localidade

De acordo com o art. 215 do CPC, "far-se-á citação pessoalmente ao réu". O réu menor impúbere será citado por intermédio de seu representante legal, e se o réu for menor púbere, tanto ele quanto o representante serão citados. É válida a citação feita a procurador com poderes específicos para receber citação.

A citação pode ser feita em qualquer lugar que o réu seja encontrado, porém, preferencialmente no seu endereço.

Existem algumas situações em que a citação não pode ocorrer (art. 217 do CPC).

- Na prática de cultos religiosos;

- No dia do falecimento, ou nos sete dias subsequentes de parentes próximos do réu;

- Noivos no dia do matrimônio, e nos três dias subsequentes;

- Os doentes, enquanto grave o estado de saúde. Caso a saúde implique em demência, o Juiz deverá verificar se o indivíduo já foi interditado. Caso já tenha sido, citar o curador, e, caso contrário, após aferição do problema nomeará um curador ao réu para que promova a defesa.

4.5. Modalidades de Citação

- *Citação real pelo correio*: a regra geral é a citação pelo correio, a não ser nas ações de estado, quando o réu for incapaz ou pessoa jurídica de direito público. A citação será feitta mediante "AR".

- *Citação real por oficial de justiça*: em todos os casos em que seja inadequada a citação por correio ou quando esta for frustrada, deverá a citação ser feita por mandado.

- *Citação ficta*: aqui não existe certeza, mas suposição jurídica de que o réu tenha ciência do fato e que foi citado.

- *Citação ficta por edital*: aqui o autor deve demonstrar que esgotou todas as hipóteses para localizar o réu. Normalmente, o oficial de justiça informa que o réu está em local incerto e não sabido.

- *Citação ficta com hora certa*: é a hipótese em que o oficial de justiça por três vezes não encontra o réu e suspeita que o mesmo está se ocultando. O oficial de justiça, então, informa a qualquer pessoa da

família ou a qualquer vizinho que no dia imediato voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar.

1. TUTELA ANTECIPADA

Regulada pelo art. 273 do CPC, é uma espécie das chamadas tutelas de urgência (tutela antecipada e tutela cautelar).

1.2. Diferença entre Tutela Antecipada e Tutela Cautelar

Em toda ação judicial há sempre um pedido. O Juiz só atende ao pedido no final. A tutela antecipada consiste em atender ao que foi pedido antes do término da ação.

Ao conceder a tutela antecipada, o Juiz satisfaz provisoriamente a pretensão do autor. Logo, a tutela antecipada tem sempre natureza satisfativa, ao contrário do que ocorre com a tutela cautelar (que tem natureza meramente assecuratória), em que o Juiz jamais satisfaz aquilo que está sendo pedido. Aquele que pede uma tutela cautelar não deseja antecipar o que só será concedido no fim. Mas, devido à demora (até que o Juiz decida o processo), pode ser tarde demais; assim, a cautelar garantirá a futura satisfação do direito.

As liminares na ação cautelar só podem ter natureza cautelar. Já a liminar no processo de conhecimento, antecipa-o. Logo, tem natureza de tutela antecipada.

A tutela antecipada só passou a ser tratada pelo CPC a partir de 1994. Isso fez com que alguns doutrinadores afirmassem que a tutela antecipada foi criada no Brasil nesse período. Mas, antes de 1994, já havia previsão de

liminar com natureza de tutela antecipada (não com essa denominação) em situações excepcionais, expressamente previstas em lei, para algumas ações de rito especial (ex.: alimentos provisórios). A inovação do art. 273 do CPC é a extensão da tutela antecipada a qualquer tipo de ação.

1.3. Cognição

Significa "conhecimento". É tudo aquilo que pode ser levado ao conhecimento do Juiz e por ele apreciado.

1.3.1. Classificação da cognição

- Sob o ponto de vista horizontal:

  – *plena*: é aquela em que não há limitação, por parte do legislador, das matérias que serão conhecidas pelo Juiz. Ex.: se a execução é fundada em título extrajudicial, o devedor pode alegar em embargos qualquer matéria lícita em defesa (art. 745 do CPC). Logo, a cognição é plena;

  – *parcial*: é aquela em que há limitação, por parte do legislador, das matérias que serão apreciadas pelo Juiz. Ex.: se a execução é fundada em título judicial, o devedor não pode alegar em embargos qualquer matéria de defesa (art. 741 do CPC). Logo, a cognição é parcial. Na ação possessória, a cognição também é parcial, já que não se pode discutir domínio (art. 923 do CPC).

Do ponto de vista horizontal, o que se leva em consideração é a extensão das matérias que podem ser alegadas pelas partes e apreciadas pelo Juiz.

- Sob o ponto de vista vertical:
  - *exauriente:* é aquela em que o Juiz decide com base na certeza do direito. Quando não couber recurso (coisa julgada), a decisão do Juiz é de cognição exauriente;
  - *superficial:* as decisões são proferidas com base em juízo de mera probabilidade. Essa espécie de cognição está sempre associada ao fenômeno da urgência.

Do ponto de vista vertical, o que se leva em consideração é o grau de profundidade das matérias alegadas e apreciadas.

Durante muito tempo, no Brasil, vislumbrava-se somente a tutela cautelar como exemplo de cognição superficial. Hoje, aceita-se também a tutela antecipada (desde 1994).

1.4. Requisitos da Tutela Antecipada (Art. 273 do CPC)

Prova inequívoca da verossimilhança das alegações é um requisito semelhante ao da tutela cautelar "fumaça do bom direito" (*fumus boni juris*). Mas a prova inequívoca é mais intensa, até porque a tutela antecipada é uma medida mais forte do que a tutela cautelar. O Juiz deve considerar as alegações plausíveis, prováveis.

Deve estar presente uma das duas situações:

- *perigo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação:* nesse caso, fica muito semelhante à tutela cautelar (*periculum in mora*);
- *abuso de direito de defesa ou manifesto intuito protelatório do réu:* tem quase um caráter punitivo.

Na hora de conceder ou não a tutela antecipada, o Juiz deve se basear no princípio da proporcionalidade, ou seja, deve verificar as conseqüências da concessão ou não da tutela antecipada e apreciar a proporção entre elas.

Não pode haver risco de irreversibilidade do provimento.

A tutela antecipada é sempre provisória. Existem alguns provimentos, porém, que não admitem provisoriedade (ex.: separação judicial), principalmente no Direito de Família.

1.4.1. Momento oportuno para concessão da tutela antecipada

No caso de abuso de direito de defesa, só pode ser pedida a tutela antecipada após o oferecimento da resposta do réu.

Se a tutela antecipada tiver por base perigo de prejuízo irreparável, é possível o pedido desde a inicial (*inaudita altera parts*).

O CPC não previu a possibilidade de audiência de justificação para a concessão de tutela antecipada, mas isso é perfeitamente admissível.

A tutela antecipada pode ser requerida no curso da ação e até mesmo na fase de sentença, desde que a apelação tenha efeito suspensivo, pois, se não tiver, já poderá o autor executar a sentença. Do ponto de vista prático, dar ao

Juiz o poder de conceder tutela antecipada na fase da sentença significa dar a ele o poder de tirar da apelação o efeito suspensivo. É um grande equívoco o Juiz dar a sentença e conceder a tutela antecipada dentro da sentença. Se quiser conceder a tutela antecipada na fase da sentença, deverá faze-lo fora. Isso porque existe o princípio da unirrecorribilidade dos recursos (de cada decisão cabe apenas um recurso). Assim, se o Juiz conceder a tutela antecipada dentro da sentença, caberá apenas a apelação, ao passo que, se apreciar a tutela antecipada fora da sentença, caberá apelação contra a sentença e agravo de instrumento contra a decisão que conceder a tutela antecipada.

Cabe tutela antecipada após a prolação da sentença, porém quem vai apreciar não é o Juiz de 1.ª instância. Deve ser solicitada ao relator do recurso. Contra a decisão do relator cabe "agravo regimental" – que será julgado pela turma do Relator – no prazo de 5 dias.

Não é possível conceder tutela antecipada na fase de recurso extraordinário ou recurso especial porque tais recursos não têm efeito suspensivo.

1.5. Observações

1.5.1. Tutela antecipada em reconvenção

É perfeitamente cabível o pedido de tutela antecipada em reconvenção, pois ela (a reconvenção) tem natureza jurídica de ação.

1.5.2. Tutela antecipada em denunciação da lide

O requerimento de tutela antecipada na denunciação da lide só será possível se tiver havido pedido de tutela antecipada na ação principal.

1.5.3. Tutela antecipada em face da Fazenda Pública

A Lei n. 9.494/97 limita a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública em certas ações referentes a funcionários públicos. Os TRFs reputaram-na inconstitucional por violar o princípio da isonomia, bem como o acesso à jurisdição. O pleno do STF, porém, decidiu pela constitucionalidade da lei.

1.5.4. Tutela antecipada no processo de execução

Não cabe tutela antecipada no processo de execução porque não há mais o que antecipar; a execução já visa a satisfação do exeqüente.

2. DA RESPOSTA DO RÉU

Regularmente citado, o réu deverá oferecer sua resposta. Nessa fase, o réu poderá tomar três atitudes: manter-se inerte, reconhecer juridicamente o pedido, responder a demanda.

2.1. Manter-se Inerte

O réu é citado, entretanto deixa transcorrer o prazo para a resposta, não se manifestando no processo (revelia).

2.2. Reconhecer Juridicamente o Pedido

Quando o réu reconhece o pedido, há uma desconsideração dos fatos e fundamentos, passando-se à análise tão-somente do pedido, ou seja, o reconhecimento jurídico do pedido é uma resposta do réu que aceita a pretensão do autor. Discute-se exclusivamente se o réu pode ou não se submeter à prestação que está sendo deduzida pelo autor. O Juiz não poderá manifestar-se ao contrário do desejo do réu. Essa hipótese de reconhecimento jurídico do pedido, entretanto, só ocorrerá nos casos em que se permite transação, ou seja, não se reconhece o pedido quando se tratar de matéria indisponível ou nas hipóteses em que a lei processual não autorizar. Não se pode confundir essa figura com a confissão, tendo em vista que, na confissão, o réu admite como verdadeiros os fatos alegados pelo autor, não significando que os fundamentos e o pedido estejam corretos.

2.3. Responder à Demanda

Os meios processuais de que o réu pode dispor para responder a demanda são: contestação, exceção, reconvenção.

2.4. Prazo para Resposta do Réu

Regra geral, dentro do procedimento comum ordinário, o prazo para responder será de 15 dias. Em algumas hipóteses, entretanto, a lei permite o prazo em quádruplo (ex.: Fazenda Pública) ou o prazo em dobro (ex.: litisconsórcio passivo em que os litisconsortes estiverem representados por patronos diferentes).

Conta-se o prazo, regra geral, da juntada do mandado de citação. No caso de litisconsórcio, o prazo é contado da juntada do último mandado.

2.5. Classificação

As respostas podem ser classificadas em dois tipos: defesas processuais e defesas de mérito.

2.5.1. Defesas processuais

Sempre que o réu apresentar uma defesa processual, estará afirmando que o autor não preenche os requisitos legais para que a demanda seja julgada. As defesas podem ser:

- *peremptórias*: se o Juiz acolher a tese de defesa, o processo deverá ser extinto, ou seja, não há condições de desenvolvimento válido do processo em razão do vício processual apontado (ex.: alegação de ilegitimidade de parte);
- *dilatórias*: a defesa, ainda que acolhida, não produzirá a extinção do processo. Pode haver duas situações diferentes:

- em algumas circunstâncias, tem-se a certeza de que a defesa dilatória, se for acolhida, sempre será regularizada, visto que a regularização depende do Estado-Jurisdição, ou seja, será feita pelo próprio juízo (ex.: declarar o Juiz suspeito, declarar conexão etc.);

- em algumas circunstâncias, se o Juiz acolher a defesa, a regularização deverá ser feita pelo autor. Caso o autor não regularize a situação, o processo será extinto. É considerada uma defesa dilatória, visto que, a princípio, o processo não será extinto (ex.: alegação de falta de documento essencial ao processo etc.).

2.5.2. Defesas de mérito

São as defesas em que o réu se opõe à própria pretensão deduzida pelo autor. Podem ser classificadas em dois tipos:

- *diretas:* quando o réu impugna os fatos e/ou suas conseqüências jurídicas. Nesse caso, o ônus da prova permanece com o autor;

- *indiretas:* o réu, ao impugnar a demanda, a princípio, concorda com a narrativa do autor, entretanto, alega a existência de outros fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Nesse caso, o ônus da prova transfere-se ao réu. Parte considerável da doutrina divide a defesa de mérito indireta em:

  - defesa de mérito indireta peremptória: aquela que, se for acolhida, conduz à inexistência de direito por parte do autor (ex.: a alegação de que já houve o pagamento da obrigação);

- defesa de mérito indireta dilatória: aquela que, se for acolhida, impede o autor de exercer seu direito naquele momento (ex.: o réu alegar que não cumpriu sua parte no contrato, visto que o autor também não o fez).

2.6. Espécies de Respostas

O CPC prevê três espécies de respostas:

- *contestação*: meio de defesa processual e material considerado mais importante;
- *reconvenção:* tem por objetivo garantir que o réu deduza uma pretensão de mérito em face do autor;
- *exceções:* podem ser de suspeição, de impedimento ou de incompetência (esta só se aplica à incompetência relativa).

2.7. Contestação

A contestação é o meio processual utilizado pelo réu para opor-se formal ou materialmente ao direito do autor ou formular pedido contraposto. Como regra geral, o autor terá deduzido uma pretensão em juízo e o réu irá defender-se, e essa defesa, normalmente, é a contestação.

Defesa Formal = Defesa Processual

Defesa Material = Defesa de Mérito

2.7.1. Pedido contraposto X reconvenção

Quando a doutrina fala em defesa a um direito do autor, esse direito é aquele que o autor tem de deduzir uma pretensão em juízo, ou seja, é um direito formal.

O réu, em contestação, excepcionalmente, pode formular um pedido contraposto, que é uma pretensão do réu em face do autor. O meio material para o réu deduzir uma pretensão é a reconvenção, entretanto determinadas pretensões poderão ser apresentadas diretamente na contestação.

O fato de o Código prever o pedido contraposto não exclui a reconvenção, tendo em vista serem institutos diversos. O que acontece, muitas vezes, é que o sistema, além de prever o pedido contraposto, proíbe a reconvenção (ex.: Juizados Especiais). A doutrina entende que o rol dos pedidos contrapostos é taxativo, ou seja, o que não estiver disposto no rol deverá ser matéria de reconvenção.

a) Pedido contraposto

- Só poderá ter como base os fatos alegados pelo autor na inicial, fazendo-se, somente, novo enquadramento jurídico.
- Como regra, o réu admite que os fatos alegados pelo autor existem, entretanto apresenta outros fundamentos jurídicos, alegando que não é o autor quem tem direito (ex.: num acidente de trânsito, o autor alega que o réu é culpado e o réu, no pedido contraposto, alega que o autor é culpado).

b) Reconvenção

- Admitem-se como base da reconvenção novos fatos alegados pelo réu.
- Pode ter dois fundamentos: ou o réu dá um outro enquadramento jurídico ao pedido do autor (ficando semelhante ao pedido contraposto) ou tem por base um direito alegado na defesa (ex.: numa cobrança, o réu alega em reconvenção que também tem um crédito devido pelo autor).

2.7.2. Conteúdo

a) Regra da eventualidade

O réu, na sua contestação, deve trazer toda a matéria de defesa, ou seja, deve deduzir todas as suas alegações, sejam elas de matéria processual ou material. Caso o réu não alegue a matéria na contestação, preclue o direito. O réu é obrigado a apresentar defesas na contestação, ainda que elas sejam conflitantes, visto que o que não for alegado em contestação preclue. Essa regra tem três exceções:

- fato superveniente (se existe fato que ocorreu posteriormente ou que o réu desconheça, poderá alegá-lo a qualquer momento);
- matéria que pode ser reconhecida de ofício (matérias de ordem pública, como carência de ação, podem ser alegadas a qualquer momento);
- quando a lei expressamente autorizar (existe uma única hipótese, que é a prescrição, ou seja, se o réu não alegar a prescrição na contestação, poderá alegá-la a qualquer momento).

b) Regra da impugnação específica

O réu deve impugnar todos os fatos alegados pelo autor, pois os fatos que não forem impugnados serão considerados verdadeiros, ou seja, deve haver uma impugnação individualizada. Essa regra, no entanto, tem três exceções previstas no CPC:

- não se aplica aos fatos que não podem ser objeto de confissão, ou seja, as matérias em que a lei não permite que o réu reconheça o pedido do autor; portanto, na falta de impugnação, não se pode considerar o pedido verdadeiro. Assim, não poderão estar sujeitas a essa regra todas as hipóteses de direito indisponível (ex.: num pedido de separação litigiosa, o requerido não poderá confessar os fatos alegados na inicial, então, ele não está sujeito à regra);

- quando a inicial não estiver acompanhada de documento essencial à propositura da demanda, ou seja, os fatos que dependem de prova documental não podem ser considerados verdadeiros quando o documento não estiver acompanhando a inicial;

- quando a defesa, em seu conjunto, implicitamente se opõe a um determinado fato, ainda que não tenha sido impugnado diretamente.

Além dessas hipóteses previstas no Código, existem, entretanto, outras não previstas em lei, mas nas quais não serão aplicadas as regras da impugnação específica, são elas:

- quando existir litisconsórcio passivo e, sendo os fatos comuns, um dos réus oferecer defesa a respeito do fato;

- quando o réu estiver sendo representado por advogado dativo, curador especial ou pelo MP, não será aplicada a regra da impugnação específica dos fatos, tendo em vista que o representante não tem contato com o réu ou não tem condições de especificar os fatos que são efetivamente verdadeiros (ex.: um doente mental representado por seu curador, este não poderá especificar os fatos).

2.7.3. Preliminar de mérito

É a defesa processual apresentada pelo réu. As matérias que podem ser alegadas em preliminar estão previstas no art. 301 do CPC e devem ser alegadas antes da abordagem do mérito. São elas:

- inexistência ou nulidade da citação: podem ser alegadas em preliminar, no entanto podem ser alegadas a qualquer tempo;

- incompetência absoluta: as incompetências absolutas são aquelas de ordem pública que podem ser reconhecidas de ofício pelo Juiz e, portanto, são alegadas em preliminar, ao passo que as incompetências relativas devem ser objeto de exceção. É defesa dilatória e o Juiz deverá remeter o processo para o Juiz competente, salvo os casos em que a lei determine que haja a extinção do processo sem julgamento do mérito (ex.: uma ação que deveria ser proposta no Juízo Comum e o autor a propõe no Juizado Especial);

- inépcia da inicial: alegada a inépcia, trata-se de defesa de caráter peremptório; se for acolhida, leva à extinção do processo;

- perempção: penalidade de caráter processual segundo a qual, se o autor der causa à extinção do processo por três vezes, por abandono,

ele não poderá repropor a demanda. É defesa de caráter peremptório, ou seja, se acolhida, leva à extinção do processo;

- litispendência: ocorrerá a litispendência quando existir um processo anterior idêntico ao em andamento. Trata-se de defesa de caráter peremptório, ou seja, a segunda demanda deverá ser extinta. No sistema processual civil brasileiro, o que induz a litispendência é a citação válida e não a propositura da demanda, ou seja, no momento em que o réu for citado, forma-se a relação processual. Se mais tarde houver uma segunda demanda idêntica, nesse momento o segundo processo deverá ser extinto;

- coisa julgada: refere-se à coisa julgada material, ou seja, àquela que impediria o autor de repropor a demanda. É uma defesa peremptória, tendo em vista que, se for acolhida, extingue o processo sem julgamento do mérito;

- conexão: a parte pleiteará a reunião de dois ou mais processos para que tenham processamento e julgamento conjunto em razão de terem o mesmo objeto ou a mesma causa de pedir. Essa preliminar tem algumas características particulares. Embora a matéria seja preliminar de contestação, pode ser alegada tanto pelo réu quanto pelo autor, tendo em vista que não se alega um vício, mas sim que se visa preservar a garantia da harmonia dos julgados e da economia processual. Trata-se de defesa processual dilatória;

- incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização: o Código se refere aos pressupostos processuais subjetivos relativos à parte. O que se alega, nesse caso, é que o autor não tem capacidade de ser parte, não tem capacidade de estar em juízo ou não há capacidade postulatória;

- existência de convenção de arbitragem: é bastante importante, pois é a única preliminar que pode ser vista dentro do sistema processual como exceção e não como objeção, na medida em que a existência de convenção de arbitragem deve ser alegada obrigatoriamente pelo réu e na contestação, sob pena de preclusão. Não há necessidade de que as partes, após o litígio, tenham firmado um compromisso. Basta que no contrato objeto do litígio exista essa cláusula de convenção de arbitragem. Se não for alegada na contestação, pressupõe-se que a parte renunciará à arbitragem;

- carência de ação: alega-se a falta das condições da ação. Trata-se de uma defesa peremptória, ou seja, extingue-se o processo sem julgamento de mérito. O CPC, ao relacionar essas preliminares, não foi preciso do ponto de vista técnico, tendo em vista que a preliminar de inépcia de inicial engloba, também, impossibilidade jurídica do pedido. Do ponto de vista prático, entretanto, esse conflito não tem nenhuma relevância;

- quando a lei exige caução ou outra prestação que não é atendida pelo autor: se o autor não prestar caução ou outra prestação exigida em lei, o réu poderá alegar tal fato em preliminar (ex.: caução – o autor que não é residente no Brasil e não tem bens de raiz, nos processos de conhecimento, deverá prestar uma caução para garantir eventuais ônus de sucumbência; outra prestação: o autor propõe uma demanda que é extinta sem julgamento de mérito. Como regra, o autor pode repropor a demanda, entretanto deverá ter pago os ônus de sucumbência do processo anterior, visto que, se não houver o pagamento, o processo poderá ser extinto). É uma defesa que, em princípio, é dilatória. Se o autor sanar o vício, o processo seguirá; caso contrário, o processo será extinto.

2.8. Exceções

As exceções serão sempre de caráter dilatório, ou seja, nenhuma delas conduz à extinção do processo. Embora o CPC trate das exceções como uma modalidade de resposta do réu, na verdade, no tocante à exceção de suspeição e exceção de impedimento, não se tratam de modalidades de resposta exclusivamente, visto que, em princípio, o autor também poderá interpor essas exceções.

O CPC, quando fala genericamente das exceções, afirma que a exceção deverá ser apresentada no prazo de 15 dias; entretanto, esses 15 dias serão contados do conhecimento do fato. Então, a exceção não deverá, obrigatoriamente, ser apresentada na contestação.

Na exceção de impedimento, o prazo de 15 dias não é preclusivo, ou seja, a exceção poderá ser apresentada após os 15 dias; entretanto, a parte que apresentar a exceção após o prazo será obrigada a arcar com as custas de retardamento do processo.

Nas situações em que o autor, antes de ingressar com a ação, já tem ciência de que o Juiz é suspeito ou impedido, o prazo para a apresentação da exceção começa a contar da data da distribuição da ação.

2.8.1. Efeitos da apresentação da exceção

O CPC dispõe que, apresentada a exceção, o processo será suspenso, ou seja, apresentada a exceção, não terá desenvolvimento nenhum ato processual relativo ao objeto litigioso enquanto a exceção não for julgada. A exceção é um incidente processual que suspende a relação principal até o seu julgamento.

Se houver necessidade de uma medida urgente, ela deverá ser praticada. Tratando-se de exceção de incompetência, a cautelar será apreciada pelo próprio juízo; se a exceção for de impedimento ou de suspeição, o entendimento dominante é de que a cautelar ou a medida de urgência deverá ser apreciada pelo tribunal, tendo em vista que as exceções serão julgadas pelo tribunal (enquanto não se julga a exceção, toda a competência será do tribunal).

A posição majoritária entende que, se a exceção for interposta no 15.º dia, deverá ser apresentada também a contestação. Deve-se lembrar que uma parte minoritária entende que, interposta a exceção no 15.º dia, suspende-se imediatamente o processo, visto que o réu terá ainda mais um dia para a apresentação da resposta.

O Código dispõe que o prazo para resposta volta a fluir do julgamento da exceção, entretanto não esclarece se o prazo volta a fluir do julgamento do tribunal ou do "cumpra-se o acórdão" proferido pelo Juiz de 1.º grau. A posição majoritária é de que o prazo voltará a fluir a partir do momento que a decisão do tribunal não estiver sujeita a qualquer recurso com efeito suspensivo. Quando o Juiz de 1.º grau reconhecer sua incompetência, ele remeterá os autos ao Juiz competente, que irá recebê-los ou não. Nesse caso, a posição majoritária é de que o prazo para resposta volta a fluir no momento em que o Juiz competente aceitar a competência.

2.8.2. Processamento das exceções

O CPC traz dois procedimentos: um aplicável à exceção de incompetência e outro aplicável tanto para a exceção de impedimento quanto para a exceção de suspeição.

- Exceção de incompetência: a parte deve não somente fundamentar as razões da incompetência como também indicar qual o órgão julgador competente. Se o réu interpõe uma exceção de incompetência absoluta que não esteja formalmente em ordem, o Juiz deverá conhecer a exceção, tendo em vista tratar-se de matéria pública. Nesse caso, entretanto, o prazo para a defesa não será suspenso. Interposta a exceção formalmente em ordem, o Juiz intimará o exceto para defender-se no prazo de 10 dias. Apresentada a defesa, o Juiz imediatamente proferirá a sentença ou designará audiência de instrução. Essa audiência somente versará sobre matéria de incompetência e, até 5 dias antes da audiência, as partes deverão apresentar as testemunhas. Dessa decisão cabe agravo.

- Exceção de impedimento e exceção de suspeição: a parte, além de alegar as razões pelas quais o Juiz seria suspeito ou estaria impedido, deverá juntar toda a documentação comprobatória e o rol de testemunhas que pretende ouvir.

Embora o CPC não traga dispositivo expresso, por muito tempo entendeu-se que a procuração do advogado deveria conter poderes especiais para a apresentação de exceção. Esse entendimento, no entanto, foi modificado pelo STJ. O entendimento hoje consolidado é o de que a procuração para o foro em geral já é suficiente para interposição de exceção.

Exceto, na exceção de impedimento ou suspeição, é o Juiz e, portanto, no momento em que ele recebe a exceção, poderá reconhecer que é suspeito ou impedido, ou apresentar, no prazo de 10 dias, as suas razões (defesa), encaminhando os autos para o tribunal, apresentando também documentos e eventual rol de testemunhas.

No caso da Justiça Comum de São Paulo, a exceção será sempre julgada pelo TJSP.

2.9. Reconvenção

É um mecanismo pelo qual o réu, normalmente, pode deduzir uma pretensão em face do autor. Em regra, o réu só se opõe às alegações do autor, ou seja, somente se defende; entretanto, em alguns casos, o réu poderá formular uma pretensão em face do autor, exercendo o direito de ação, passando a figurar como se fosse um verdadeiro autor.

Em alguns casos, a lei autoriza o réu a deduzir sua pretensão na própria contestação. Quando não, o meio ordinário é a reconvenção, que é apresentada em peça apartada. A reconvenção provoca obrigatoriamente a ampliação do objeto litigioso (mérito), ou seja, o mérito é alargado, passando a ser a soma da pretensão deduzida pelo autor com a pretensão deduzida pelo réu.

2.9.1. Condições e pressupostos da reconvenção

As condições e pressupostos de uma reconvenção são as mesmas de qualquer ação (legitimidade das partes, interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido, capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória). A reconvenção, entretanto, por se tratar de uma medida de caráter incidental, além dessas condições e pressupostos comuns a qualquer ação, deve preencher alguns pressupostos e condições específicas:

- *tempestividade:* a reconvenção será apresentada simultaneamente com a contestação. A doutrina considera que a reconvenção e a contestação deverão ser apresentadas no mesmo instante processual, mas não no

mesmo prazo. O STJ tem uma decisão que considera que devem ser apresentadas simultaneamente, inclusive no mesmo prazo;

- *existência de um processo em curso e em fase de resposta:* o réu, para oferecer a reconvenção, deverá faze-la como mecanismo de resposta. Embora a lei exija um processo em curso e seu caráter incidental, deverá existir uma autonomia entre a ação principal e a reconvenção;

- *forma:* o CPC determina que a reconvenção seja apresentada em peça apartada da contestação. O Código não determina que seja juntada em apenso, visto serem a contestação e a reconvenção dois atos processuais distintos no mesmo processo, então, a reconvenção será juntada nos mesmos autos. A jurisprudência tem admitido que, se houver condição de distinguir com absoluta clareza a contestação e a reconvenção (havendo clareza da intenção do réu em reconvir), elas poderão ser apresentadas na mesma peça. Entende-se que não poderá haver reconvenção de reconvenção. Quando a lei admitir pedido contraposto, não será admitida a reconvenção;

- *identidade de procedimento:* a lei exige que haja uma compatibilidade procedimental entre a ação principal e a reconvenção, ou seja, por analogia, devem ser observados os requisitos para a cumulação de pedidos. Ainda que o procedimento seja diferente, se entre os pedidos puder haver uma adaptação, a reconvenção é admitida. Na reconvenção, os pedidos seguem como se fossem ordinários;

- *competência:* a reconvenção permite a chamada prorrogação da competência (competência relativa), ou seja, é admitida a reconvenção desde que seja competente o mesmo órgão julgador, se a incompetência for relativa. Não se admite reconvenção se for caso de incompetência absoluta.

2.9.2. Requisitos da reconvenção

- *Conexão:* a reconvenção deverá, obrigatoriamente, ter conexão com os fundamentos de defesa ou com os fundamentos da demanda proposta pelo autor. Parte da doutrina defende que somente o exemplo da compensação se enquadra na conexão com fundamento de defesa e todos os outros se enquadram na conexão com fundamento na demanda.

- *Inexistência de impedimento ou suspeição:* pode haver casos em que o julgador não é suspeito e não tem impedimento para julgar a demanda, entretanto, na reconvenção, apresenta-se impedido ou suspeito para julgar. No caso de haver o impedimento ou suspeição, desloca-se o processo, tanto o principal quanto a reconvenção.

- *Legitimidade das partes:* pode haver casos em que o autor tem legitimidade para propor a ação, mas não terá legitimidade para figurar no pólo passivo em uma reconvenção (ex.: o autor ingressa com uma demanda por meio de representante, visto a sua menoridade. Nesse caso, o réu não poderá reconvir em face do representante do autor).

2.9.3. Procedimento da reconvenção

Formalmente, a reconvenção deverá respeitar os requisitos dos arts. 282 e 283 do CPC. Apresentada a reconvenção, o autor-reconvindo será intimado para defender-se, ou seja, o autor-reconvindo não será citado pessoalmente para defender-se da reconvenção, mas sim será intimado na pessoa de seu advogado.

A partir da apresentação da defesa do autor, as duas demandas correrão simultaneamente, formando um único processo.

2.9.4. Observações

a) Cabimento de litisconsórcio na reconvenção

É admitido o litisconsórcio nos casos em que, no pólo passivo da reconvenção, deva existir um litisconsórcio necessário (ex.: autor vem a juízo cobrando dívida do réu e este quer reconvir pleiteando uma anulação contratual; se no contrato figurar como parte da relação uma terceira pessoa, forma-se um litisconsórcio necessário).

b) Intervenção de terceiros em sede reconvencional

A nomeação à autoria não é admitida. Em princípio, não deveria ser admitido o chamamento ao processo, visto que este se funda em litisconsórcio facultativo, entretanto existem decisões do STJ que admitem essa intervenção. A regra é de que, se o terceiro puder ser autor da demanda principal, a intervenção de terceiros na reconvenção deve ser admitida.

c) Reconvenção da reconvenção

A posição mais arraigada na doutrina é no sentido da admissão, ou seja, em tese é possível uma reconvenção da reconvenção, entretanto está se estreitando a hipótese de cabimento. Não há vedação.

d) Reconvenção em ação rescisória

Admite-se a reconvenção em ação rescisória, desde que a reconvenção também tenha natureza de rescisória, ou seja, o pedido na demanda reconvencional deverá ser também de natureza rescisória.

e) Julgamento separado das duas demandas

A ação principal e a reconvenção podem ser julgadas separadamente, desde que por extinção anômala do incidente, ou seja, se por qualquer razão o Juiz tiver que extinguir a principal ou a reconvenção, com fundamento em uma situação anômala, haverá o julgamento separado (ex.: se o autor renunciar à demanda principal, o Juiz extinguirá a principal, entretanto a reconvenção continuará). O recurso cabível contra a extinção de qualquer uma das demandas é o agravo.

3. DA AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL

Em regra, os limites objetivos da demanda são fixados no momento em que o réu responde à demanda. A ação declaratória incidental tem por objetivo permitir à parte, diante de um fato superveniente, ampliar os limites objetivos da demanda.

3.1. Requisitos de Admissibilidade

- *Litigiosidade superveniente:* somente se admite declaratória incidental em virtude de fato que se tornou litigioso após a resposta do réu.
- *Prejudicialidade:* só pode ser objeto de declaratória incidental a relação jurídica prejudicial. É o nexo de prejudicialidade que permite a declaratória incidental. Considera-se prejudicial toda e qualquer matéria que, embora não diretamente de mérito, deva ser julgada como requisito para o exame de mérito.
- *Existência de processo em curso em grau de jurisdição originária.*

3.2. Legitimidade e Interesse de Agir

No tocante à legitimidade, a declaratória incidental poderá ser proposta pelo autor ou pelo réu da demanda. A declaratória incidental amplia o limite objetivo, mas não pode ampliar o limite subjetivo.

No tocante ao interesse de agir, a declaratória incidental está fundada no direito de ação e, portanto, a parte deve demonstrar a necessidade daquela tutela jurisdicional. O objeto da declaratória incidental será, de qualquer modo, decidido no processo; no entanto, sem a declaratória incidental, ele seria objeto da fundamentação (e, portanto, não teria força de coisa julgada).

Quando a parte interpõe uma declaratória incidental, deve demonstrar a necessidade de que a matéria objeto da fundamentação seja objeto do dispositivo, fazendo coisa julgada. Deverá demonstrar qual a utilidade de decidir a matéria dentro do dispositivo.

3.3. Procedimento da Declaratória Incidental

O CPC não tem um capítulo destinado ao estudo da declaratória incidental, existindo somente dois artigos, um afirmando seu cabimento (art. 5.º do CPC) e outro afirmando, quando trata da réplica, que o autor pode ingressar com a declaratória incidental no prazo de 10 dias (art. 325 do CPC). Surge, então, uma discussão quanto ao prazo para a propositura da declaratória incidental. Parte dominante da doutrina entende que o prazo de 10 dias, de que trata o art. 325, valerá para todas as hipóteses de declaratória incidental.

Apresentada a declaratória incidental, a parte contrária será intimada, na pessoa do seu advogado, para defender-se. Nesse caso, o prazo, segundo a doutrina dominante, será de 15 dias. Essa intimação é uma verdadeira e própria citação, entretanto, como o Código fala em intimação, não há necessidade de mandado, podendo haver a intimação pelo Diário Oficial. Nas hipóteses de revelia do réu, deverá ocorrer a citação.

Apresentada a resposta à declaratória incidental, o processamento deverá ser conjunto, sendo proferida uma única sentença. Nesse caso, o recurso cabível será a apelação. Se o Juiz julgar isoladamente a declaratória incidental, o recurso cabível será o agravo.

Tecnicamente, a declaratória incidental deve tramitar simultaneamente com a relação principal para uma decisão única. Se o Juiz, por qualquer motivo, determinar que a declaratória incidental siga autonomamente, haverá dois processos; então, nesse caso, contra a decisão do Juiz, o recurso cabível será a apelação.

4. DA REVELIA

Ocorre quando o réu, regularmente citado, deixa de responder à demanda. O CPC regulou esse instituto, considerando revel o “réu que deixa de oferecer contestação após regularmente citado”.

A doutrina discute a diferença entre revelia e contumácia, visto que a expressão “revelia” somente passou a ser utilizada a partir do Código de 1973. Alguns autores colocam a contumácia como sinônimo de revelia, outros entendem que a contumácia seria qualquer atitude de inércia, tanto do autor quanto do réu. A posição que prevalece hoje, entretanto, é a de que revelia é a inércia do réu, enquanto contumácia é a inércia do autor. Então, hoje, a revelia está diretamente relacionada ao réu.

4.1. Efeitos da Revelia

Se o réu deixar de se defender no prazo legal, ocasionará várias conseqüências.

4.1.1. Presunção de verdade dos fatos alegados pelo autor

A respeito desta norma do CPC consagrada pela doutrina, é essencial que se observem dois pontos:

- a presunção da verdade se limita à matéria de fato, não podendo englobar, em hipótese alguma, o enquadramento jurídico e suas eventuais conseqüências, ou seja, a revelia atinge somente a narrativa dos fatos e não o enquadramento jurídico;

- a presunção em torno da verdade da matéria de fato é relativa. Se o conjunto probatório trazido na inicial não conduz à prova de que os fatos narrados são realmente verdadeiros, o Juiz poderá iniciar uma instrução probatória ou, em alguns casos, julgar a demanda improcedente.

Existem três exceções a essa aplicação da presunção da verdade:

- nos casos de pluralidade de réus em que pelo menos um deles contesta e os fatos são comuns (nesses casos, pouco importa o tipo de litisconsórcio);
- se o litígio versar sobre direitos indisponíveis. Se a legislação não permite que as partes transacionem ou se o réu não pode reconhecer o pedido do autor, não há como aplicar a presunção da verdade. Nesses casos, ainda que o réu silencie, o autor continuará com o ônus da prova, não havendo a presunção da verdade;
- se a inicial não estiver acompanhada de documento essencial. Essa regra é um reflexo direto do art. 283 do CPC, que dispõe que a inicial deve estar acompanhada de documentos essenciais, caso contrário a demanda não continuará, podendo ser extinta se não houver emenda da inicial. O Código, quando fala da não aplicação da presunção da verdade nesse caso, dispõe sobre documento público, entretanto o entendimento doutrinário dominante é o de que se deve dar uma interpretação extensiva a essa regra, ou seja, não importa a natureza do documento, basta que seja documento essencial para que não seja aplicado o efeito da presunção da verdade.

A presunção da verdade trazida pelo CPC só deve ser aplicada nas situações de inequívoca verdade dos fatos ou inequívoca falta de intenção do réu de se opor aos fatos.

No caso de o réu contestar a cautelar e deixar de se defender no processo principal, o entendimento dominante da doutrina é de que o Juiz deverá estender a defesa da cautelar para o processo principal, visto que as demandas correm no mesmo juízo. O réu revel, entretanto, não será aplicado a ele o efeito da presunção da verdade.

4.2.1. Os prazos correrão contra o revel independentemente de intimação

No caso de o réu se tornar revel, todos os prazos para ele começarão a correr não na intimação, mas sim no momento em que os atos são praticados e publicados. Não há comunicação pessoal nem publicação para o réu, passando os prazos a correrem a partir da disponibilização dos atos em cartório. Se houver a publicação da decisão no Diário Oficial para efeitos de intimação do autor, essa publicação estende o prazo para o réu revel, que terá o prazo fluindo a partir da data da publicação. Este, entretanto, não é um efeito perpétuo, ou seja, a partir do instante em que o réu ingressar nos autos, essa penalidade não mais ocorrerá, cessando o efeito da revelia a partir do momento em que o réu estiver regularmente representado nos autos.

O fato de o réu ser revel não leva à aplicação de todos os efeitos da revelia (ex.: no caso de anulação de casamento, caso o réu seja revel, não se aplica a presunção da verdade, tendo em vista ser direito indisponível, entretanto a não-intimação dos atos será aplicada).

Após a revelia, se o autor, eventualmente, quiser alterar o pedido ou a causa de pedir, deverá, obrigatoriamente, requerer nova citação do réu para responder à demanda. O réu, porém, somente poderá contestar o que foi objeto de alteração, não havendo possibilidade de contestar toda a demanda.

Nas hipóteses em que o Juiz não aplica a penalidade de presunção de verdade, deve-se determinar o prosseguimento da demanda com a especificação de provas pelo autor.

1. DO JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO

Como regra, o chamado julgamento conforme o estado do processo ocorre após o término da fase postulatória, podendo o Juiz proferir uma sentença extinguindo o processo após essa fase.

O CPC, ao tratar do julgamento conforme o estado do processo, tecnicamente, não se ateve à sistemática normal, visto que a doutrina e o próprio Código admitem que o Juiz pode extinguir o processo sem julgamento de mérito ou com julgamento de mérito, e, no caso do julgamento conforme o estado do processo, o Código apresentou uma subdivisão. De um lado, colocou o que a doutrina chama de julgamento conforme o estado do processo (que engloba julgamento sem exame de mérito e julgamento de mérito sem exame direto da lide); de outro lado, colocou o chamado julgamento antecipado da lide.

1.1. Extinção do Processo sem Julgamento do Mérito

1.1.1. Indeferimento da petição inicial

Não devemos esquecer que o Código, neste ponto, não traz uma regra completamente definidora, visto que, se o Juiz indeferir a petição inicial com base na decadência, estará examinando o mérito.

1.1.2. Abandono da causa pelo autor

O CPC determina que, se o autor abandona a causa por mais de 30 dias, deverá ser intimado pessoalmente a dar andamento em 48h. Se não o fizer, o processo será extinto.

1.1.3. Abandono do processo por ambas as partes pelo prazo de um ano

É também uma situação excepcional dentro do sistema, visto que, se autor e réu não estão dando andamento ao processo na fase instrutória, o Juiz pode proferir uma sentença, não havendo obrigatoriedade de extinção do processo sem julgamento de mérito. Somente haverá a extinção por abandono das partes quando o Juiz, com o que foi apresentado pelo autor e pelo réu, não puder proferir uma sentença (ex.: nos casos de demanda de interdição, deverá haver perícia. Se não se puder fazer a perícia por inércia do autor e do réu, o Juiz poderá julgar extinto o processo por abandono).

1.1.4. Quando o autor for carecedor de ação

O autor é carecedor da ação quando está ausente qualquer das condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade de parte).

1.1.5. Quando ausente um dos pressupostos processuais

Caso possa ser regularizado, não será causa de extinção, devendo o Juiz dar a oportunidade para a regularização; caso não seja regularizado, haverá a extinção do processo sem julgamento do mérito.

1.1.6. Quando ocorrer perempção, litispendência ou coisa julgada

Quando o Juiz extingue a demanda com base nesta hipótese, o autor fica impossibilitado de repropor a demanda.

1.1.7. Existência de convenção de arbitragem

Somente pode ser alegada pelo próprio réu.

1.1.8. Quando o autor desistir da ação

O CPC prevê que o autor poderá desistir da demanda até a contestação do réu. No momento em que o réu apresenta a resposta, o autor somente poderá desistir da ação com a anuência do réu. Essa regra se aplica exclusivamente ao processo de conhecimento. Em algumas hipóteses, aplica-se ao processo cautelar, mas em nenhuma hipótese será aplicada ao processo de execução, visto não haver nada que impeça o exeqüente de desistir deste.

1.1.9. Nos casos em que uma das partes vier a falecer e a ação for considerada intransmissível

São exemplos desses casos: separação judicial, anulação de casamento, morte do locatário sem sucessores em ação de despejo etc.

1.1.10. Quando ocorrer a confusão entre autor e réu

Trata-se da possibilidade de autor e réu tornarem-se o mesmo sujeito de direitos.

1.2. Extinção do Processo com Julgamento do Mérito

1.2.1. Extinção pela renúncia

O autor renuncia ao direito em que se funda a ação. Cabe ressaltar que a renúncia, diferentemente da desistência da ação (que produz efeitos processuais), refere-se diretamente ao direito material – o que leva o Juiz a julgar improcedente a ação.

1.2.2. Transação das partes

A transação, como regra, produz uma sentença meramente homologatória e somente poderá produzir efeitos nas hipóteses em que for admissível. A transação é inadmissível nos casos de direito indisponível, entretanto essa inadmissibilidade deve ser no limite da indisponibilidade do direito.

1.2.3. Quando ocorrer decadência ou prescrição

Tanto na prescrição quanto na decadência, o direito da parte não pode mais ser exercido e, mesmo que não se refiram à questão principal de mérito, impedirão a apreciação do mérito no processo atual ou em qualquer outro.

1.3. Julgamento Antecipado da Lide

1.3.1. Quando o julgamento for exclusivamente de direito

Não há julgamento de direito em abstrato. Ocorre o julgamento nesse caso quando as partes não divergem quanto aos fatos, mas somente quanto aos fundamentos jurídicos, sendo a demanda julgada somente na matéria de direito.

1.3.2. Quando o julgamento for de direito e de fato, mas não houver necessidade de dilação probatória

O não cabimento de dilação probatória pode estar baseado em dois fundamentos: ou o Juiz formou sua convicção ou não pode fazer a dilação probatória, ou seja, nos casos em que existe restrição à prova não documental.

1.3.3. Quando ocorrer a revelia

Deve ser interpretada sistematicamente, ou seja, somente haverá o julgamento antecipado da lide quando forem imputados os efeitos da revelia, em especial a presunção da verdade.

1.3.4. Características do julgamento antecipado da lide

O julgamento antecipado da lide possui algumas características específicas, são elas:

- quando o Juiz julga antecipadamente a lide, trata-se, na verdade, de convencimento motivado, ou seja, para que o Juiz julgue

antecipadamente a lide, a situação concreta deve estar enquadrada nos casos dispostos em lei. Não há uma completa liberdade do Juiz, devendo a decisão sempre ser motivada;

- nas hipóteses em que ocorre o julgamento antecipado da lide, não há audiência de conciliação. O CPC permite que o julgador convoque as partes para uma tentativa de conciliação, entretanto essa audiência não será obrigatória;
- no caso de julgamento antecipado da lide, não há apresentação de alegações finais. A finalidade das alegações finais é simplesmente garantir uma última análise a respeito da dilação probatória, ou seja, as partes deverão se manifestar acerca das provas apresentadas. Então, se não há dilação probatória, não há necessidade de apresentação de alegações finais;
- no julgamento antecipado da lide, não se permite cisão do julgamento, ou seja, o Juiz não poderá proferir duas decisões (ex.: no caso de cumulação de pedidos, o Juiz não pode julgar antecipadamente um dos pedidos e determinar a dilação probatória para o outro pedido, proferindo uma segunda sentença).

2. TEORIA GERAL DA PROVA

2.1. Conceito de Prova em Processo Civil

Há um conceito objetivo e um conceito subjetivo. No tocante ao conceito objetivo, prova *é o instrumento hábil à demonstração de um fato*, prova se confunde com o meio de prova, ou seja, a forma pela qual a parte pode

demonstrar que determinado fato ocorreu. Sob o prisma do conceito subjetivo, a prova *é a certeza quanto à existência de um fato*, ou seja, refere-se à eficácia da prova, que é feita sob o prisma do julgador. Por esse motivo, afirma-se que o destinatário da prova é o Juiz, competindo a ele deferi-la ou não. Da junção desses dois conceitos, pode-se afirmar que, em Direito Processual Civil, prova *é a soma dos fatos produtores da convicção do julgador e apurados no processo*. O Juiz somente poderá formar sua convicção com base naquilo que foi demonstrado no processo, não podendo utilizar o seu conhecimento específico para proferir a sentença.

2.2. Objeto da Prova

O CPC prevê provas no tocante à matéria de fato e excepcionalmente à matéria de direito, em especial à existência e conteúdo de uma determinada norma legal, ou seja, não basta que a parte afirme que tem o direito, ela deve demonstrar que o seu direito está previsto em lei e que essa lei está em vigor. As circunstâncias em que podem ser exigidas as provas de direito são: legislação municipal, estadual, estrangeira e normas consuetudinárias – essas quatro normas deverão ser objetos de provas pelas partes. Somente pode ser exigida da parte a prova desse direito quando se tratar de norma que não está em vigor na comarca na qual a demanda está em andamento. O controle do direito é do julgador, não estando ele adstrito ao que consta dos autos, podendo pesquisar sobre a veracidade das provas apresentadas. No caso das normas consuetudinárias, a parte deve fazer prova dos usos e costumes de qualquer lugar; essa prova é feita basicamente por prova testemunhal, visto que não há um órgão que dispõe sobre usos e costumes.

Ao lado da prova a respeito de direito, tem-se a prova a respeito de fatos e, como regra geral, o fato que deve ser provado em juízo, deve ser determinado, relevante e controverso:

- *fato determinado*: é o fato individualizado, ou seja, o fato que foi expresso na inicial será objeto de prova, caso contrário, não havendo a parte individualizado o fato, não poderá ser objeto de prova;

- *fato relevante*: é aquele necessário ao deslinde da causa, ou seja, são aqueles fatos que precisam ser examinados para que o Juiz julgue procedente ou improcedente uma demanda. O julgador somente vai permitir a prova daqueles fatos relevantes para o julgamento da demanda;

- *fato controverso: a parte somente deverá fazer prova quando o fato for impugnado pela outra parte ou quando o fato depender de prova por força de lei. O fato incontroverso não precisa ser provado.*

2.3. Finalidade

A finalidade da prova é o convencimento do Juiz. Pode-se concluir, portanto, que não se busca uma certeza absoluta sobre o fato, mas sim uma certeza relativa que implica o convencimento do Juiz.

2.4. Objeto

O objeto da prova é o fato controvertido. O fato incontroverso, em regra, não depende de prova, salvo se houver necessidade de prova legal, se a essência do ato for um instrumento público.

Como regra, o direito não é objeto de prova, salvo o direito municipal, estadual, estrangeiro e consuetudinário (art. 337 do CPC). A doutrina afirma que cabe ao Juiz conhecer o direito do local onde ele exerce o seu cargo (lei municipal e lei estadual). O direito federal nunca poderá ser objeto de prova, pois deve ser do conhecimento do Juiz. O Juiz, ainda que esteja convencido da existência do fato, não poderá dispensar a prova se esse fato for controvertido.

Independem de prova:

- *fatos incontroversos*: são aqueles aceitos expressa ou tacitamente pela parte contrária (art. 302 do CPC);
- *fatos notórios*: são aqueles de conhecimento geral. Basta a notoriedade relativa, ou seja, a notoriedade do local, regional, do pessoal do foro (essa notoriedade também deve ser do tribunal);
- *os que possuem presunção legal de existência ou veracidade*: ex.: instrumento público traz a prescrição de existência ou veracidade.

Conclui-se, então, que objeto da prova são os fatos pertinentes, relevantes, controvertidos, não notórios e não submetidos à presunção legal.

A prova do direito estrangeiro se faz:

- pelos compêndios ou legislação;
- por certidão diplomática;
- por livros ou pareceres doutrinários;
- por testemunhas que tenham conhecimento jurídico.

A prova do direito estadual ou municipal se faz:

- por repertórios oficiais;
- por certidões do Legislativo Estadual ou Municipal.

É impossível provar a vigência da lei (apesar do que dispõe o art. 337 do CPC), visto que ela depende de interpretação da norma pelo Juiz. O que é possível é obter certidão de que não houve revogação expressa.

2.5. Classificação das Provas

A doutrina apresenta uma classificação de três ordens.

2.5.1. Quanto ao objeto

- *Diretas:* servem para a demonstração do fato principal.
- *Indiretas:* servem para a demonstração de fatos secundários, ou seja, de circunstâncias, das quais se pode extrair a convicção da existência do fato principal.

2.5.2. Quanto ao sujeito de que emana da prova

- *Pessoal:* são as testemunhas e os depoimentos pessoais das partes.
- *Real:* são os objetos ou as coisas.

2.5.3. Quanto à preparação

- *Casuais* ou *simples*: são aquelas que surgem casualmente, ou seja, não foram criadas com a intenção de produzir prova em uma futura demanda.

- *Pré-constituída*: são aquelas previamente criadas com a finalidade probatória em uma determinada demanda futura.

2.6. Princípios Relativos à Prova

2.6.1. Constitucionais

a) Princípio da ampla defesa (art. 5.º, V, da CF)

Estabelece que o Juiz deve conferir ampla oportunidade às partes para que possam fazer valer, em juízo, as suas pretensões. O Juiz deve dar a oportunidade para que as partes demonstrem, comprovem nos autos, as suas alegações. O indeferimento sem motivo de alguma prova requerida pelas partes acarreta o cerceamento de defesa (art. 332 do CPC). A prova somente poderá ser indeferida quando for inútil, meramente protelatória (art. 130 do CPC), ou ainda quando for ilícita.

b) Proibição da prova obtida ilicitamente (art. 5.º, LVI, da CF)

Essa questão relacionada à prova obtida ilicitamente é controvertida na doutrina no que tange à sua aceitação ou à sua recusa. Vicente Greco Filho afirma que essa regra não é absoluta, devendo ser analisada e conciliada com

outras garantias constitucionais. Nelson Nery Júnior afirma que devem ser afastados os extremos, ou seja, a negativa absoluta e a aceitação pura e simples, portanto, estabelece um princípio denominado "princípio da proporcionalidade", ou seja, deve ser analisado o interesse juridicamente tutelado, então pretendido na ação, e, de outro lado, o mal relacionado à prova obtida ilicitamente, visto que, às vezes, não há outra forma de demonstrar o fato, o que levaria ao julgamento improcedente do pedido.

Exemplo de prova obtida ilicitamente: gravação oculta de conversa. Não é admitida, visto que viola a intimidade da pessoa. Gravação feita por quem participou da conversa, ainda que sem o conhecimento da outra pessoa, é admitida.

Prova ilícita se relaciona ao aspecto material, ou seja, é a prova obtida ilicitamente (ex.: documento obtido por furto).

Prova ilegal é aquela que viola o ordenamento jurídico como um todo (ex.: a reconstituição de um fato que afronta os bons costumes).

2.6.2. Gerais ou Processuais

a) Princípio do livre convencimento motivado do Juiz

Esse princípio estabelece que o Juiz tem liberdade para formar sua convicção, ou seja, ele aprecia livremente as provas, porém deverá fundamentar suas decisões. Também denominado princípio da persuasão racional, disposto no art. 131 do CPC.

b) Princípio da oralidade (art. 336 do CPC)

Estabelece que as provas devem ser realizadas preferencialmente em audiência de instrução e julgamento.

c) Princípio da imediação (art. 446, II, do CPC)

Estabelece que o Juiz é quem colhe direta e imediatamente as provas requeridas, sendo facultado às partes as reperguntas.

d) Princípio da identidade física do Juiz (art. 132 do CPC)

O Juiz que concluir a audiência de instrução fica vinculado ao processo, devendo proferir a sentença, salvo se for promovido, convocado ou aposentado.

e) Princípio da aquisição processual ou da comunhão da prova

Estabelece que a prova produzida é adquirida pelo processo, sendo irrelevante saber quem a produziu.

2.7. Meios de Prova

Meios de prova são os instrumentos, pessoais ou materiais, levados ao processo para demonstrar a verdade dos fatos ao Juiz. No que tange aos meios de prova, devem ser observados os princípios da moralidade e legalidade.

O rol previsto no CPC apresenta-se na seguinte ordem:

- depoimento pessoal;
- confissão;
- exibição de documento ou coisa;
- prova documental;
- prova testemunhal;
- prova pericial;
- inspeção judicial.

Na inspeção judicial, encontra-se uma referência sobre a reconstituição dos fatos como meio de prova, entretanto o CPC não prevê o procedimento dessa reconstituição, devendo se apoiar no CPP. Esse rol não é taxativo.

Outros meios de prova admitidos e não previstos expressamente no CPC são:

- reconhecimento de pessoas ou coisas;
- prova emprestada (retirada de outro processo, só tem validade contra quem também participou do outro processo e pôde contraditá-la).

Requisitos para a validade da prova emprestada:

- existência da prova, reconhecida por sentença transitada em julgado;
- sujeição da prova às pessoas litigantes;
- observância do contraditório.

Não existe, em princípio, hierarquia entre os meios de prova. Isso se extrai em face do princípio da persuasão racional, previsto no art. 131 do CPC. Deve-se ressalvar a prova legal, cuja aceitação e valoração estão previstas antecipadamente na lei, prevalecendo sobre todo e qualquer meio de prova. O princípio da persuasão racional fica mitigado em face da prova legal.

A doutrina estabelece uma prevalência de eficácia entre os meios de prova, na seguinte ordem:

- prova legal;
- confissão;
- prova pericial;
- prova documental;
- prova testemunhal;
- indícios e presunções.

2.8. Ônus da Prova

Ônus significa cargo, fardo. A inobservância do ônus gera uma desvantagem à parte, ou seja, uma conseqüência negativa. Difere-se da obrigação, visto que a inobservância desta provoca uma sanção. No que tange ao ônus da prova, devem-se observar duas questões básicas: a quem cabe provar e qual a conseqüência para aquele que deveria provar e não o fez, ou o fez de modo insuficiente.

Ônus da prova não é regra de procedimento, é regra de juízo, ou seja, é regra do julgamento, cabendo ao Juiz verificá-lo no momento de prolação da

sentença. As regras de juízo sobre o ônus da prova somente serão aplicadas pelo Juiz se o fato não estiver provado; estando provado o fato, o Juiz aplicará o princípio da comunhão da prova ou da aquisição processual.

No que tange ao ônus da prova, destacam-se três princípios:

- *princípio da indeclinabilidade da jurisdição*: o Juiz não pode deixar de julgar sob o argumento de que existe lacuna na norma ou de que a questão é complexa;

- *princípio dispositivo*: estabelece a iniciativa às partes quanto à ação e estabelece a iniciativa às partes quanto às provas que pretendam produzir nos autos, cabendo ao Juiz apenas uma atividade de complementação (preservação do princípio da imparcialidade);

- *princípio da persuasão racional*: o Juiz decide segundo o alegado e provado nos autos.

A doutrina classifica o ônus da prova em ônus objetivo e ônus subjetivo. No ônus subjetivo, o enfoque relaciona-se a quem cabe a produção da prova. O ônus objetivo relaciona-se à apreciação da prova pelo Juiz. O art. 336 do CPC estabelece o ônus subjetivo:

- cabe ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito. A prova do fato constitutivo do direito leva à procedência do pedido. Já a dúvida ou a insuficiência de prova sobre esse fato milita contra o autor;

- ao réu cabe a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. São as denominadas exceções materiais (ex.: exceção do contrato não cumprido; novação e compensação; pagamento, prescrição e decadência).

Ao réu incumbe o ônus da impugnação especificada dos fatos narrados pelo autor (exceção substancial – defesa direta de mérito), visto que o fato não impugnado será considerado incontroverso e fato incontroverso não depende de prova. O curador especial (art. 9.º, II, do CPC), que é aquele nomeado para defesa dos interesses do réu preso ou citado fictamente, não tem o ônus da impugnação especificada, podendo apresentar defesa por negativa geral. Há, ainda, as exceções como defesa indireta processual: exceção de impedimento do Juiz (art. 134 do CPC), exceção de suspeição do Juiz (art. 135 do CPC) e exceção de incompetência do juízo.

Quando há um fato negativo, o ônus da prova incumbe a quem nega o fato. O ônus da prova da existência das condições da ação e dos pressupostos processuais compete ao autor.

- *Ação de estado*: a revelia não dispensa o autor de provar os fatos constitutivos de direito.

- *Caso fortuito ou força maior*: o ônus da prova incumbe a quem alega caso fortuito ou força maior.

Na ação de despejo, o autor deve provar a relação locatícia.

A inversão do ônus da prova está prevista no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6.º, VIII. Essa inversão é possível para beneficiar o consumidor e pode ocorrer quando o consumidor for hipossuficiente (econômica, jurídica e moralmente) e quando for verossímil a sua alegação. Essa inversão ocorre por obra do Juiz, que poderá determiná-la no momento do despacho da petição inicial ou no momento do despacho saneador. O que deve nortear o Juiz quando ele determina a inversão do ônus da prova é a noção de quem tem mais condições de provar o fato. Haverá também a inversão do ônus da prova na situação da presunção relativa. Aquele, em favor de quem milita a

presunção relativa, está liberado da prova, ou seja, a prova em contrário caberá à parte contrária.

2.9. Momentos da Prova

São quatro os momentos da prova:

- *requerimento*: pelo autor na petição inicial e pelo requerido na defesa;
- *deferimento*: por ocasião do saneamento, o Juiz analisará a pertinência das provas, deferindo-as ou não;
- *produção*: em regra, a prova oral é produzida na audiência de instrução e julgamento;
- *valoração*: ocorre na sentença.

2.9.1. Rito sumário

É o rito utilizado para ações cujo valor da causa não ultrapasse 20 salários mínimos e para as ações relacionadas no rol do art. 275 do CPC (exceto ações que dizem respeito à capacidade ou estado de pessoas, que correrão sempre no rito ordinário, independentemente do valor).

A petição inicial no rito sumário tem como peculiaridade que o autor nela já arrola suas testemunhas e também deve requerer a citação do requerido para que compareça à audiência de conciliação sob pena de revelia. A prova documental e, se houver necessidade de prova pericial, os quesitos também devem ser apresentados na própria petição inicial.

Na audiência de conciliação, havendo conciliação, lavra-se o termo que gera título judicial. Não havendo conciliação, o Juiz deve verificar as questões processuais pendentes (que devem ser apreciadas imediatamente) e, em seguida, abrir espaço para a resposta do réu. A defesa consiste na contestação e nas exceções (não cabe reconvenção, declaração incidental ou intervenção de terceiros). Admite-se, na defesa, o pedido contraposto, desde que esteja apoiado nos fatos narrados na petição inicial. Nesse momento, o requerido deve indicar testemunhas, apresentar documentos e requerer perícias. O Juiz deverá deferir ou não o pedido do requerido, verificando, nessa mesma audiência, se cabe julgamento antecipado ou até mesmo a extinção do processo (arts. 267 e 269, II a V, do CPC). Se houver deferimento do pedido do requerido, designa-se audiência de instrução e julgamento, lembrando que, se houver prova pericial, esta deve ser apresentada até 15 dias antes da audiência.

Na audiência de instrução e julgamento, haverá uma seqüência para a apresentação da prova oral:

- depoimento dos peritos e assistentes técnicos;
- depoimento pessoal das partes;
- oitiva das testemunhas do autor;
- oitiva das testemunhas do réu.

A audiência de instrução e julgamento segue o princípio da unidade ou concentração, sendo una e indivisível.

Após a apresentação das provas, ocorrem os debates orais, que, a critério do Juiz, podem ser apresentados sob forma de memoriais.

Se o requerido não comparecer na audiência de conciliação ou comparecer sem advogado, aplicam-se os efeitos da revelia e a ação será julgada.

Há alguns autores que entendem que, se o autor não comparecer, aplica-se a norma do art. 51 da Lei n. 9.099/95 por extensão, extinguindo-se o processo. Outros autores, entretanto, entendem que, se o autor não comparecer à audiência, significa que está renunciando à conciliação e o Juiz deverá dar oportunidade para a defesa e designar a data para audiência de instrução e julgamento.

2.9.2. Rito comum ordinário

No momento da petição inicial, o autor deve requerer as provas. A petição inicial deve vir acompanhada dos documentos indispensáveis para a propositura da ação (art. 283 do CPC). Prova técnica requerida nesse momento deve vir acompanhada dos quesitos.

O Juiz receberá ou não a petição inicial. Nesse momento, tem-se o despacho inicial do Juiz, que poderá ser de três naturezas:

- *despacho positivo*: aquele que recebe a petição inicial e determina o processamento da ação;
- *despacho correcional*: quando há eventuais defeitos existentes na petição inicial, concedendo-se o prazo de 10 dias para a correção – art. 284 do CPC;
- *despacho negativo*: que, na verdade, é uma sentença terminativa que extingue o processo. O Juiz poderá reconhecer a decadência, havendo uma sentença de mérito que extingue o processo. O Juiz não poderá,

de ofício, reconhecer a prescrição nesse momento. O despacho inicial negativo, na verdade, será ou uma sentença terminativa, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, ou uma sentença de mérito, extinguindo o processo com julgamento do mérito. Dessa decisão cabe recurso de apelação e o Juiz terá o prazo de 48 horas para reformar sua sentença. Se não o fizer, deverá encaminhar os autos para instância superior, independentemente de apresentação de contra-razões.

Deferida a petição inicial, o Juiz deverá mandar citar o requerido. A citação será pelo correio, salvo nas ações de Estado, nas ações em que o requerido for pessoa jurídica de direito público, nas ações de alimentos, nas ações relativas à capacidade, nas situações em que não houver serviço de correio no domicílio do requerido e quando o autor requerer a citação de outro modo.

Concretizada a citação, abre-se o prazo para defesa. Se for pelo correio, conta-se o prazo da juntada da AR; se pessoal, da juntada do mandado; ou, se por edital, do prazo nele indicado. Nos casos de citação feita por edital ou hora certa ou quando o requerido estiver preso, o Juiz deverá nomear um curador especial, que poderá fazer, na contestação, a impugnação genérica.

O autor poderá modificar o pedido, livremente, até a citação ou com anuência do requerido após a citação e, após o despacho saneador, não poderá mais modificá-lo. No caso de requerido revel, pode-se modificar o pedido, entretanto, deverá ser promovida nova citação.

Há três modalidades de defesa:

- *contestação*: o réu deverá impugnar todos os fatos alegados na petição inicial, salvo se houver sido nomeado curador especial. Os fatos não

impugnados serão considerados verdadeiros. Ainda, o requerido deverá argüir fatos modificativos, impeditivos ou extintivos;

- *exceções*: impedimentos do Juiz, suspeição do Juiz ou incompetência do juízo. Oferecidas as exceções, será suspenso o processo;
- *reconvenção*: somente é admitida no rito comum ordinário.

O momento seguinte é o da réplica do autor. O Juiz só vai deferir o prazo de 10 dias para réplica se o requerido, na contestação, argüir as preliminares do art. 301 do CPC, ou se argüir fatos impeditivos, modificativos ou extintivos. Na réplica, poderá o autor juntar documentos. Apresentados os documentos, o Juiz deverá conceder um prazo de 5 dias para o requerido se manifestar acerca dos documentos juntados na réplica.

Se a parte quiser argüir incidente de falsidade, deverá fazê-lo no prazo de 10 dias. Caberá o incidente de falsidade se o falso estiver relacionado ao aspecto formal do documento (falsidade material). A falsidade relacionada ao conteúdo do documento somente poderá ser alegada em ação autônoma (ação de anulação de documento), tendo em vista ser falsidade ideológica.

Após a réplica, passa-se por uma fase anterior à audiência preliminar, na qual o Juiz irá analisar as providências preliminares, verificando se é caso de extinção do processo ou se cabe julgamento antecipado da lide. Aplicam-se, nesse momento, os efeitos da revelia.

Designa-se a data da audiência preliminar. Haverá intimação das partes para o comparecimento. Se o advogado tiver poderes específicos para transigir, as partes poderão ser intimadas somente na pessoa de seu procurador.

A audiência preliminar tem dupla finalidade: conciliação e saneamento. É obrigatória no interesse da Administração da Justiça, ou seja, a solução mais rápida possível da situação conflitante. A doutrina entende que essa audiência preliminar é obrigatória tanto para direitos disponíveis (em que se admite a transação plena) quanto para ações relacionadas a direitos indisponíveis (admite-se a transação parcial). Ainda, no momento da audiência preliminar, poderá haver a conciliação; se não houver, o Juiz proferirá o despacho saneador (no qual irá deferir as provas, fixar os pontos controvertidos e designar a audiência de instrução e julgamento).

A natureza jurídica da conciliação é de um negócio jurídico processual entre as partes (fora do processo, é transação). O Juiz demonstra às partes as conseqüências da improcedência ou procedência do pedido. Na conciliação, é possível a composição da questão que está no pedido e de outras que não estão.

É possível que a parte se faça representar por preposto, desde que ele tenha poderes para transigir. No rito ordinário, o não comparecimento das partes ou dos procuradores com poderes específicos para transigir implica a renúncia tácita da conciliação.

São legítimos para conciliação na audiência preliminar as partes ou os procuradores com poderes específicos para transigir. Na hipótese de substituição processual, não se aplica a conciliação, ou seja, o substituto processual não poderá transigir (ex.: marido que defende os bens dotais da mulher).

A ausência da tentativa de conciliação não gera nulidade, salvo nas questões relacionadas à família. (Lei n. 968/49). Nos casos de separação litigiosa, aplica-se a Lei n. 968/49, a qual dispõe que o Juiz, ao despachar a petição inicial, deve designar uma audiência de tentativa de conciliação entre as partes; a ausência dessa audiência implica nulidade.

Não se aplica a audiência de conciliação nas ações de nulidade ou anulação de casamento, visto ser direito indisponível. A intimação das partes para essa audiência se faz na pessoa de seu advogado.

Não havendo conciliação, o Juiz passa para o saneamento em que fixará os pontos controvertidos (art. 331 do CPC). Alguns autores entendem que os pontos controvertidos poderão ser revistos na audiência de instrução e julgamento (art. 451 do CPC). Outros autores entendem que o art. 451 está tacitamente revogado, cabendo a fixação dos pontos controvertidos tão-somente na audiência preliminar. Do ato do Juiz que fixa os pontos controvertidos cabe agravo. Além da fixação dos pontos controvertidos, no saneamento, o Juiz irá decidir as questões pendentes (matérias relacionadas no art. 301 do CPC). A única hipótese do art. 301 que preclue, se não for alegada no momento da defesa, é a hipótese do juízo arbitral. Ainda, deve-se verificar a presença das condições da ação e os pressupostos processuais. O Juiz, nesse momento, deverá deferir as provas apresentadas pelas partes e designar audiência de instrução, debates e julgamento. As partes serão intimadas na própria audiência preliminar.

O momento para as partes arrolarem suas testemunhas é até cinco dias antecedentes à audiência de instrução, debates e julgamento. O termo inicial para a contagem desse prazo é a data da audiência, não se contando o dia designado, começando a contar do primeiro dia útil anterior.

A audiência de instrução, debates e julgamento é una, ou seja, se houver a suspensão e a designação de nova data para seu prosseguimento, não se reabre o prazo para indicação de testemunhas (princípio da concentração). Na audiência de instrução, debates e julgamento, haverá a colheita de provas orais.

Alguns incidentes possíveis:

- *pedido de antecipação da audiência (art. 242, § 2.º, do CPC)*: se houver o pedido de antecipação da audiência, haverá necessidade da intimação pessoal dos advogados. Se o pedido de antecipação foi requerido em comum por ambas as partes, não há necessidade de intimação pessoal, bastando a intimação sobre o deferimento do pedido e da data antecipada pelo órgão oficial;

- *adiamento da audiência*: se for pedido adiamento por convenção das partes, será possível apenas uma vez por período não superior a 6 meses. A audiência pode ser adiada pelo não comparecimento do advogado por motivo justo (deve ser apresentada a justificativa até o momento da abertura da audiência). Excepcionalmente, admite-se a justificativa *a posteriori*. Se o advogado não comparecer sem motivo justo, o Juiz poderá dispensar a prova requerida pela parte (art. 453, § 2.º, do CPC).

A omissão no apregoamento, que é essencial, pode gerar nulidade se houver prejuízo às partes. Deve ser argüida no momento certo.

3. DA PROVA DOCUMENTAL

3.1. Conceito

No campo da prova judiciária, documento é *coisa representativa de um fato destinada a fixá-lo de modo permanente e idôneo, reproduzindo-o em juízo*. Nesse contexto, a prova judicial tem por objeto fatos que são reproduzidos pelo documento. O documento é considerado prova histórica e

prova real decorrente de uma obra humana. Existem três elementos do documento: autoria, meio de informação e conteúdo.

3.1.1. Autoria

Autor é a pessoa a quem se atribui a formação do documento. É considerado autor do documento não só quem o forma materialmente para si, mas também quem manda outrem formá-lo para si (ex.: mandar um secretário confeccionar um recibo).

A autoridade pública também pode ser autora de documento. Muitas vezes, o oficial público elabora o documento no interesse de outras pessoas que pretendem produzir efeitos jurídicos com o documento. Então, em sentido estrito, tem-se como o autor do documento o oficial público (autor material), entretanto, em sentido amplo, tem-se como o autor do documento o interessado na sua formação (autor intelectual).

Com relação à autoria de documento particular, há a regra do art. 371 do CPC. Ainda, a doutrina fala em *documento autógrafo* (coincidência entre o autor do documento e o autor do ato ou fato documentado, como os escritos particulares) e *documento heterógrafo* (quando não há coincidência entre o autor do documento e o autor do ato ou fato documentado, como os documentos públicos em geral).

3.1.2. Meio de informação

O documento decorre das atividades do seu autor sobre uma coisa, normalmente sobre um papel mediante escrita. Existem, entretanto, outros meios, que não se referem ao uso do papel e da escrita. Classificam-se em:

- *gráficos*: as idéias ou fatos são representados no papel por outros sinais diversos da escrita (ex.: plantas etc.);
- *diretos*: o fato representado se transmite diretamente para a coisa representativa (ex.: fotografia, fonografia e cinegrafia).

No caso dos escritos e dos gráficos, diz-se que são documentos indiretos, tendo em vista que o fato representado passa, necessariamente, pela mente do autor do documento.

3.2. Conteúdo

Os documentos normalmente contêm declarações de ciência ou de vontade. Quando se está diante de mera declaração de ciência, diz-se que os documentos são narrativos ou enumerativos. Quando se está diante de declaração de vontade, os documentos são dispositivos ou constitutivos.

3.3. Autenticidade do Documento

É a certeza de que o documento proveio do autor nele indicado. Em princípio, essa certeza só se verifica em relação aos documentos públicos, visto que carregam uma presunção de autenticidade. Os documentos particulares não têm essa presunção de autenticidade, visto que a subscrição pode ser falsa. Então, no caso de documento particular, a autenticidade depende de confirmação.

3.4. Classificação dos Documentos quanto à sua Finalidade

Podem ser pré-constituídos ou casuais.

3.4.1. Pré-constituídos

São chamados de instrumentos. O instrumento é um documento que foi elaborado para prova de um ato ou um negócio jurídico. O CC dispõe sobre os instrumentos nos arts. 135, 138 e 139. Os instrumentos podem ser públicos (ex.: testamento público, sentença judicial, ato de nomeação de um funcionário etc.) ou particulares (ex.: nota promissória, recibo, letra de câmbio etc.).

3.4.2. Casuais

Também chamados de documentos em sentido estrito. Não se caracterizam como prova pré-constituída de um ato, mas fornecem elementos para prová-lo. Aqui também existem documentos públicos (ex.: mensagens do Chefe do Executivo, publicações de atos administrativos etc.) e de documentos particulares (ex.: cartas, convites, avisos emitidos por estabelecimento bancário etc.).

3.5. Eficácia Probante dos Documentos

3.5.1. Documento público

Carrega uma presunção de autenticidade. Essa presunção de autenticidade incide sobre três situações:

- elementos da formação do ato (data, local, qualificação etc.);

- declarações ouvidas pelo oficial público;
- fatos que o oficial declarar que ocorreram na sua presença.

Essa presunção de autenticidade não incide sobre o conteúdo das declarações prestadas, ou seja, o oficial atesta que ouviu as declarações, mas não que elas sejam verdadeiras (verdade extrínseca das declarações). O Juiz não pode formar sua convicção contra o teor do documento público, só podendo desconsiderá-lo se atestar falsidade das declarações ou vícios sociais ou de consentimento (art. 364 do CPC).

Quando a lei exigir como prova da subsistência do ato um instrumento público, nenhuma outra prova poderá suprir a sua ausência (art. 366 do CPC).

3.5.2. Documento particular

Não possui presunção de autenticidade. O documento particular passa a ser considerado autêntico nas hipóteses mencionadas nos arts. 369 e 372 do CPC:

- *art. 369*: reconhecimento de firma especial. O oficial público reconhece a firma do signatário, afirmando que ela foi aposta em sua presença;
- *art. 372*: autenticação de documento particular em juízo. Essa autenticação decorre da ausência de impugnação quando o documento é apresentado para fazer prova em processo em andamento. Essa presunção deixa de prevalecer se a parte demonstrar posteriormente que o documento foi obtido por erro, dolo ou coação.

A *autenticidade* se refere à integridade formal do documento, ao seu aspecto exterior, e a *veracidade* se refere ao conteúdo do documento, à sua conformidade com a verdade

Não havendo dúvida quanto à autenticidade do documento particular, ele prova que seu autor fez as declarações que lhe foram atribuídas. A presunção do art. 372 é invocável apenas aos subscritores do documento particular.

3.6. Data Lançada em Documento Particular

Em princípio, em relação a terceiros, a data lançada em documento particular é ineficaz, sendo limitada às partes. Existem, entretanto, algumas exceções a essa regra no art. 370 do CPC. Todos esses eventos enumerados no art. 370 do CPC se prestam a caracterizar a formação do documento particular.

MÓDULO VIII

DIREITO PROCESSUAL CIVIL
Processo de Conhecimento

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Processo de Conhecimento

1. AUDIÊNCIA

Audiência é um ato processual complexo, porque é resultado de vários atos, envolvendo o incidente de conciliação, a colheita de prova oral, as alegações finais, que completam a fase postulatória, e o julgamento.

A audiência pode ser adiada, ou seja, pode não ser realizada na data marcada. São hipóteses de adiamento:

- por convenção das partes, admissível uma única vez (art. 453, I, do CPC);
- o não comparecimento por motivo justificado, das partes, do perito, das testemunhas e dos advogados (art. 453, II, do CPC). O advogado deve provar o impedimento até o início dos trabalhos. A jurisprudência tem admitido algumas hipóteses de justificativa posterior, quando não é possível fazê-la até o início dos trabalhos. Se o advogado não comparecer injustificadamente, o Juiz pode dispensar a prova requerida pela parte que ele representa. Eventualmente, pode determinar a prova de ofício (art. 130 do CPC).

1.1. Tentativa de Conciliação

A tentativa de conciliação na audiência de instrução e julgamento acontecerá mesmo que já tenha ocorrido a hipótese do art. 331 do CPC

(audiência de conciliação). A jurisprudência, no entanto, entende que a falta de comparecimento das partes na conciliação não impede o prosseguimento da audiência e nem acarreta nulidade do processo (recusa de conciliação). A lei determina que o Juiz fixe os pontos controvertidos.

1.2. Instrução

Preceitua o art. 451 do CPC que, "ao iniciar a instrução, o Juiz, ouvidas as partes, fixará os pontos controvertidos sobre que incidirá a prova".

1.2.1. Colheita das provas

Ordem da colheita de prova oral:

- oitiva dos peritos e assistentes;
- depoimento pessoal do autor e, depois, do réu;
- oitiva das testemunhas, primeiro as do autor e depois as do réu.

No que diz respeito à colheita das provas, a audiência deve observar certos princípios:

- *Princípio da publicidade*, pois a audiência é ato público. A audiência somente pode ocorrer a portas fechadas nas hipóteses do art. 155 do CPC, que estabelece o segredo de Justiça em determinadas causas, visando resguardar o interesse público e a privacidade (intimidade) das partes.

- *Princípio da oralidade*, que se desdobra em outros princípios, quais sejam:
  - *Imediação*, pelo qual o Juiz, as partes e os advogados travam contato direto, imediato.
  - *Concentração dos atos processuais, pois a audiência é una e contínua. Deve iniciar-se e terminar em uma única oportunidade. Não sendo isso possível, o Juiz pode suspender os trabalhos e marcar uma nova data para a sua continuação.*
  - *Identidade física do Juiz*, significa que o Juiz que travou contato direto com as partes, peritos, testemunhas (imediação) está melhor habilitado para julgar. Aplica-se a regra do art. 132 do CPC, o qual estabelece que o Juiz que conclui a instrução deve julgar a causa, salvo as exceções ali relacionadas. É também chamada de regra de vinculação. Essa vinculação resulta de atos de instrução, pois, se o Juiz apenas tentar a conciliação, não estará vinculado ao processo.

1.2.2. O Juiz na audiência

No curso da audiência, o Juiz exerce o que se chama de Poder de Polícia, quando deve presidir os trabalhos e garantir que tenham um regular desenvolvimento, mantendo a ordem e o decoro dentro da sala de audiência.

1.3. Alegações Finais

Concluída a instrução, o Juiz deve passar à fase dos debates orais. A regra é que as alegações finais sejam feitas oralmente em audiência, exceto se

a controvérsia envolver questões complexas de fato ou de direito. Nesse caso, o debate oral pode ser substituído por memoriais escritos. A avaliação da existência de complexidade fica sempre a critério do Juiz.

1.4. Julgamento

Aos debates eventualmente segue a prolação da sentença, que será publicada em audiência, e dela saem intimadas as partes.

2. SENTENÇA

É o ato pelo qual o Juiz extingue o processo com ou sem o julgamento do mérito. É o ato que põe fim ao procedimento em 1.º grau da jurisdição. Em 2.º grau, as decisões recebem o nome de acórdãos.

2.1. Requisitos da Sentença (elementos ou partes)

- *Relatório*: consiste em um resumo dos principais dados e ocorrências do processo.
- *Motivação ou fundamentação*: o Juiz aprecia e decide as questões surgidas ao longo do processo. Questão é todo ponto controvertido de fato ou de direito que, exatamente por ser controvertido, deve ser decidido pelo Juiz. A exigência da motivação é regra constitucional (art. 93 da CF), e sua ausência ou insuficiência acarretam a nulidade

da sentença. A motivação concisa não acarreta a nulidade, desde que seja suficiente.

- *Dispositivo:* é a parte da sentença em que o Juiz acolhe ou rejeita o pedido nas sentenças de mérito; é a conclusão da sentença; em que o Juiz declara inadmissível a tutela jurisdicional, nos casos de sentença terminativa (em que não foi julgado o mérito); é a parte em que o Juiz homologa atos de disposição das partes.

Há duas correntes que tratam da ausência de dispositivo na sentença: a primeira diz que a sentença é inexistente e, portanto, não há o trânsito em julgado, não sendo necessária a interposição de ação rescisória. A segunda diz que a sentença é nula, porém depende de argüição contrária da parte para ser anulada, e, em não sendo alegada, haverá o trânsito em julgado.

2.2. Regras de Correlação da Sentença com a Demanda

- O processo inicia-se por iniciativa da parte (art. 2.º do CPC) e em regra o Juiz não deve proceder de ofício.

- O Juiz deve julgar a lide nos limites em que foi proposta, sendo vedado a ele conhecer de questões cuja iniciativa dependa de alguma das partes (art. 128 do CPC).

- O Juiz não pode conceder ao autor providência diversa, ou por causa jurídica diversa, da pleiteada. A sentença que viola essa regra é *extra petita*, e traz como conseqüência a sua nulidade (art. 460 do CPC).

- O Juiz está proibido de conferir ao autor quantidade superior à pleiteada, se isso ocorrer, teremos uma sentença *ultra petita*. Para a jurisprudência, esse tipo de sentença deve ser anulada somente naquilo que extrapolar o pedido. O Tribunal apenas reduz o valor da sentença.

- A sentença *citra* ou *infra petita* é aquela que julga menos do que deveria, ou seja, deixa de apreciar algum pedido ou parte dele. É diferente da sentença de procedência parcial.

Quando a sentença for omissa, ou seja, deixar de apreciar um pedido ou parte dele, essa omissão pode ser sanada por embargos declaratórios.

2.3. Sentença Terminativa

Sentença terminativa é aquela que põe fim ao processo sem apreciação do mérito. Não há julgamento da controvérsia. Sua eficácia é apenas processual. É apta a fazer apenas a coisa julgada formal.

Hipóteses de incidência da sentença terminativa:

- Inércia do autor ou de ambas as partes.

- Falta de alguns dos pressupostos processuais (são os requisitos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo). Ex.: inépcia da petição inicial por ser o menor impúbere representado por assistente com procuração particular.

- Falta de alguma das condições da ação. São requisitos relativos à ação necessários para que o Juiz possa analisar o mérito do processo.

A sentença terminativa não impede a repropositura da ação ou demanda (mesmo que idêntica). O autor pode repropor a ação desde que recolha as custas do processo anterior, porém não pode ter ocorrido a perempção.

Perempção é a perda do direito de ação por ter a parte dado causa à extinção do processo sem julgamento do mérito, por três vezes e por inércia (não ter dado andamento ao processo), porém não impede que o direito material seja argüido como defesa. Os fundamentos da ação perempta podem ser expostos como exceção, como defesa. A perempção é uma sanção processual. Não impede a propositura de outra ação com elementos diferentes.

2.4. Sentença Definitiva

Define a lide ou a controvérsia, ou seja, julga o mérito, o pedido, podendo acolhê-lo ou rejeitá-lo.

As hipóteses de sentença de mérito estão relacionadas no art. 269 do CPC, que prevê outras hipóteses qualificadas como sentença de mérito, pois fazem coisa julgada material.

Vejamos algumas hipóteses:

- reconhecimento da procedência do pedido pelo réu;
- autor renuncia ao direito em que se funda a ação;
- quando houver a transação;
- quando o Juiz pronunciar a prescrição ou a decadência.

A sentença de mérito é a única apta a formar coisa julgada material. Ela possui efeitos substanciais, projeta efeitos para fora do processo, regra e define a controvérsia, por isso torna-se coisa julgada material, sendo imutável.

Obs.: A sentença homologatória, na transação, a princípio não é apelável, somente se padecer de algum vício.

2.5. Sentença Líquida ou Ilíquida

Sentença líquida é aquela que desde logo quantifica a obrigação ou individualiza o objeto da obrigação. É a que determina o *quantum debeatur*.

Sentença ilíquida é aquela que, embora reconheça a existência da obrigação, não a quantifica (*an debeatur*).

Quando o autor formula um pedido líquido, é vedada a prolação de sentença ilíquida. A nulidade decorrente da violação dessa regra, diz o STJ, só pode ser alegada pelo autor, porque o prejuízo é dele. Também é vedado ao Juiz proferir sentença líquida quando o autor deduzir um pedido ilíquido (jurisprudência dominante do STJ). Nesse caso, a sentença é nula por ser *extra petita*.

Obs.: não existe mais liquidação por cálculos do contador.

2.6. Publicação

Publicar é tornar público. A sentença começa a existir juridicamente no momento em que é publicada. Tal publicação pode se dar por dois modos:

- em uma sessão pública, ou seja, em uma audiência;
- quando é juntada aos autos, que serão entregues ao cartório.

Ao publicar a sentença, o Juiz cumpre e esgota o ofício jurisdicional, e, conseqüentemente, é vedado a ele modificá-la, exceto para:

- corrigir inexatidão material (ou erro material) ou erro de cálculo, por requerimento das partes ou de ofício;
- por meio de embargos de declaração quando a sentença for omissa, em havendo contradição ou obscuridade.

Inexatidão material ou erro material é aquele equívoco cuja retificação (correção) não implica alteração de cunho jurídico, pois se o Juiz alterar a critério jurídico estará infringindo a própria sentença.

2.7. Intimação

Intimação da sentença é o ato pelo qual se dá conhecimento dela, especificamente, às partes a fim de que possam, se for o caso, interpor algum recurso. O prazo para interposição conta-se da data da intimação. Nas comarcas em que circula o *Diário Oficial*, a intimação das partes se dá por meio dos advogados, mediante publicação naquele veículo oficial.

2.8. Hipoteca Judiciária

No capítulo da sentença, o CPC trata de um dos seus efeitos secundários, a hipoteca judiciária (art. 466).

A sentença que condena o réu ao pagamento de determinada quantia ou entrega de coisa é título hábil para constituição da chamada hipoteca judicial

ou judiciária, cuja inscrição deverá ser feita pela forma prescrita na Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73, art. 167, inc. I, 2). Inscrita a hipoteca, os bens do devedor passam a garantir, de forma privilegiada, a futura execução.

3. COISA JULGADA

O CPC emprega dois sentidos a coisa julgada: objeção e atributo da sentença.

3.1. Objeção

Objeção é matéria que a parte tem o ônus (relativo) de alegar, mas o Juiz pode e deve conhecer de ofício. Normalmente objeção tem caráter preliminar ao mérito. O acolhimento da objeção em caráter preliminar normalmente conduzirá à extinção do processo sem julgamento do mérito.

Fala-se também em objeções de mérito, ou seja, a matéria de mérito que o Juiz pode conhecer de ofício. Ocorre quando se repete uma ação já definitivamente julgada.

A litispendência também tem o sentido de objeção. Configura-se quando se repete uma ação idêntica em curso.

Obs.: litispendência também significa a pendência de um processo.

3.2. Atributo da Sentença

Coisa julgada é atributo da sentença e divide-se em coisa julgada formal e coisa julgada material.

3.2.1. Coisa julgada formal

É a imutabilidade da sentença dentro do processo por falta de meios de impugnação possíveis, recursos ordinários ou extraordinários. É a imutabilidade endoprocessual da sentença. Corresponde à preclusão que atinge a sentença.

Há três formas de preclusão:

- *preclusão consumativa*: é aquela resultante do exercício da faculdade e prática do correspondente ato processual;
- *preclusão temporal*: é aquela que decorre do decurso do prazo sem a prática do ato;
- *preclusão lógica*: é aquela que decorre de comportamento incompatível com a prática de certo ato processual.

É defeso discutir no processo questões sobre as quais incidiu a preclusão (art. 473 do CPC). É vedado ao Juiz reapreciar questões sobre as quais ocorreu a preclusão. Exceções:

- Não estão sujeitas à preclusão as questões relativas às condições da ação, que não tenham sido apreciadas no momento adequado, ou que já tenham sido apreciadas. Súmula do STF diz que o despacho

saneador irrecorrido transita em julgado. A doutrina e jurisprudência entendem que essa Súmula não alcança as condições da ação. Não há preclusão tanto se a questão não tiver sido apreciada antes da prolação da sentença quanto se tiver sido apreciada. A carência da ação pode ser reexaminada até mesmo em grau de recurso, desde que a matéria seja devolvida por meio de recurso.

- Além das condições da ação, os pressupostos processuais constituem matéria de ordem pública, que pode ser conhecida a qualquer momento, de ofício.
- Não há preclusão para o Juiz em matéria probatória, porque o Juiz é o destinatário da prova e é investido de poderes instrutórios (art. 130), razão pela qual é dado a ele completar o quadro instrutório do processo (quadro de provas).

Diante dessas exceções, pode ser dito que a preclusão em princípio não atinge o Juiz, pois na matéria que lhe diz respeito (condições da ação, pressupostos processuais e matéria probatória) não há preclusão.

3.2.2. Coisa julgada material

É uma especial qualidade dos efeitos da sentença. É a imutabilidade dos efeitos da sentença. Somente a sentença de mérito é apta à formação da coisa julgada, porque somente ela define a lide, resolve a controvérsia e, portanto, projeta efeitos substanciais para fora do processo. O fundamento da coisa julgada material é a necessidade de estabilidade nas relações jurídicas.

3.3. Limites da Coisa Julgada

3.3.1. Limites objetivos

Fazem-se necessárias as seguintes indagações: o que transita em julgado? O que é coberto pela imutabilidade?

O que transita em julgado, em princípio, é o dispositivo, a conclusão, o tópico da sentença que acolhe ou rejeita o pedido.

Não fazem coisa julgada:

- a fundamentação da sentença, os motivos, por mais relevantes que sejam para determinar o dispositivo;
- a verdade dos fatos estabelecidos como premissa da sentença;
- a questão prejudicial julgada incidentemente como motivo da sentença.

Questão prejudicial é uma questão que se apresenta como antecedente lógico do julgamento da lide.

Obs.: a questão prejudicial fará coisa julgada quando tiver por objeto uma relação jurídica, houver pedido declaratório incidental feito pelo autor ou por qualquer das partes, o Juiz for competente em razão da matéria e tal questão constituir pressuposto para o julgamento da lide.

Quando o réu nega a relação jurídica que serve de fundamento à pretensão do autor, o autor pode pedir que sobre essa relação seja proferida uma declaração por sentença. É a chamada declaração incidental por sentença. É uma certeza declarada por sentença.

3.3.2. Limites subjetivos

Neste caso é preciso que questionemos: perante ou para quem transita em julgado? Quem é atingido?

A coisa julgada atinge apenas as partes, não prejudicando e nem beneficiando terceiros; lembrando que coisa julgada é diferente de efeitos da sentença.

Os efeitos da sentença podem atingir a órbita jurídica de terceiros, incluindo os que não são partes.

A lei estabelece formas de intervenção de terceiros, das quais a mais importante é a assistência, que pressupõe a existência de interesse jurídico. A princípio, o terceiro nunca é atingido pela coisa julgada, em razão da imutabilidade da sentença. Essa regra do CPC não se aplica às ações para tutela de interesses difusos e coletivos.

Nas ações de estado, a coisa julgada tem efeito *erga omnes*, ou seja, contra todos, se forem citados como litisconsortes necessários todos os interessados.

O estado da pessoa está ligado de tal forma à personalidade que ninguém pode ter um estado para alguns e outro para outros. Ex.: ser casado perante alguns e divorciado perante outros.

Não são atingidas pela coisa julgada as sentenças que julgam relações continuadas, que se protraem no tempo, as quais só podem ser revistas se houver alteração na constituição de estado de fato. É uma aparente exceção.

A lei estabelece em determinadas situações uma condição para que a sentença transite em julgado, é o duplo grau de jurisdição, ou reexame necessário, ou remessa oficial, ou recurso de ofício, o qual não tem natureza de recurso, pois é condição para que certas sentenças transitem em julgado.

As causas sujeitas ao recurso de ofício são:

- Sentenças que decretarem a anulação de casamento.
- Sentenças desfavoráveis à Fazenda Pública.
- Sentenças de improcedência da execução fiscal. É incorreto falar em improcedência da execução, pois na execução não há sentença de mérito, é composta de atos materiais que invadem a esfera do devedor para satisfazer o credor. O mérito da execução é julgado em uma ação de conhecimento, chamada de embargos do devedor, em que o reexame necessário se refere à sentença de acolhimento dos embargos à execução fiscal.

Segundo a jurisprudência dominante, o reexame necessário se dá em favor da pessoa jurídica de Direito Público, daí decorrer que do reexame necessário não pode haver agravamento da condenação ou situação da pessoa jurídica de Direito Público (Súmula n. 45 do STJ). Seria fenômeno análogo à *reformatio in pejus*.

A jurisprudência é controvertida acerca do cabimento de embargos infringentes em acórdãos não unânimes proferidos em reexame necessário. O STJ tem entendimento no sentido de descabimento, pois a matéria é muito controvertida.

3.4. Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada

Consiste na impossibilidade de se rediscutirem as questões e os fundamentos que foram ou poderiam ter sido alegados, quer como fundamento da defesa, quer como fundamento do pedido.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Processo de Conhecimento

1. TEORIA GERAL DOS RECURSOS

Recurso é o meio voluntário pelo qual se busca, dentro de um mesmo processo, invalidar, reformar ou integrar uma decisão.

É meio voluntário, pois é ato da parte, o juiz não pode recorrer. É, ao mesmo tempo, um direito e um ônus, pois quem não recorre, em princípio, sujeita-se à preclusão.

Recurso é meio impugnativo dentro de um mesmo processo. O exercício do recurso provoca a continuação do processo, não gerando um novo processo.

Há meios impugnativos que geram novos processos. São as chamadas ações autônomas de impugnação.

Principais ações autônomas de impugnação:

- *Ação rescisória*: é uma ação destinada à desconstituição da sentença de mérito transitada em julgado. É uma ação típica, porque as suas hipóteses de cabimento estão taxativamente previstas na lei (art. 485 do CPC). Ex.: violação de literal disposição de lei.

- *Ação anulatória de ato processual (art. 486 do CPC)*: é anulatória de atos das partes praticados em Juízo, nas formas da lei civil. Os fundamentos dessa ação estão previstos pelo direito material. Ex.: se a

parte realizar uma transação em erro, pode ela ser anulada por meio dessa ação anulatória;

- *Mandado de segurança*: a Lei n. 1.533/51, que trata do mandado de segurança, veda seu uso quanto a ato judicial em face do qual caiba recurso. A jurisprudência ao longo de muito tempo atenuou esse rigor legal e passou a admitir o mandado de segurança contra determinados atos judiciais, porém nas seguintes condições:
  - em caso de ato ilegal;
  - ato apto a causar dano irreversível;
  - se o recurso cabível não tiver efeito suspensivo;
  - uso concomitante com o recurso cabível, para se evitar a preclusão.

Após a reforma, o CPC estabeleceu que é possível dar efeito suspensivo ao agravo de instrumento e à apelação nos casos do art. 520 do CPC (casos de apelação só no efeito devolutivo). Esse efeito suspensivo pode ser deferido nas hipóteses do art. 558 e sempre que houver fundado receio de dano irreparável.

Hoje não é cabível o mandado de segurança para dar efeito suspensivo ao recurso, pois esse efeito suspensivo pode ser obtido dentro do próprio processo, sendo que há carência do mandado de segurança por falta de interesse de agir.

- *Correição parcial*: é uma medida para corrigir atos que impliquem inversão tumultuária dos atos e termos do processo. No sistema das Justiças Estaduais, a correição parcial está prejudicada, pois toda decisão é passível de agravo e, além disso, é matéria processual de

competência legislativa da União. A correição parcial deve ser recebida como agravo. Já na Justiça Federal, a correição parcial é regulada por lei federal, pelo que é, eventualmente, cabível. Também vigora a regra de que toda decisão é agravável.

- *Ação declaratória de nulidade por vício de citação*: a falta ou nulidade de citação também pode ser alegada por meio das seguintes vias judiciais: embargos à execução (art. 741, inc. I, do CPC), desde que o processo tenha corrido à revelia do réu, e ação rescisória.

- *Habeas corpus*: é também empregado em matéria civil, porém de uma maneira muito limitada. É cabível nos casos de prisão civil do devedor de alimentos e do depositário infiel. O CPC prevê o agravo de instrumento com efeito suspensivo para as decisões que imponham a prisão do devedor. A jurisprudência revela casos de concorrência de medidas, podendo também se impetrar o *habeas corpus*.

1.1. Invalidar, Reformar ou Integrar uma Decisão

- *Invalidar* é desconstituir, decretar a nulidade de uma decisão. A invalidação do ato acarreta a nulidade de todos os atos subseqüentes naquilo em que eles forem dependentes. Quando o órgão *ad quem* decreta a invalidade, deve determinar o retorno dos autos ao Juízo *a quo,* para que ele profira uma nova decisão. O órgão *ad quem* não pode prosseguir no julgamento, sob pena de supressão de instância.

- *Reformar* é inverter o resultado do julgamento. A regra é que o acórdão, mesmo quando mantém a sentença, a substitui.

- *Integrar* é completar. Consiste em fazer com que o órgão se reexprima. O órgão esclarece o que havia dito com obscuridade, omissão ou contradição.

1.2. Pressupostos de Admissibilidade dos Recursos

Os recursos, como a própria ação, estão sujeitos a um duplo Juízo, ou seja, um Juízo de admissibilidade e um Juízo de mérito.

No Juízo de admissibilidade estão situados os pressupostos recursais, que são análogos às condições da ação e aos pressupostos processuais. O Juízo de admissibilidade positivo conduz ao conhecimento do recurso, ou seja, estão presentes os pressupostos processuais. O Juízo de admissibilidade negativo não conduz ao conhecimento do recurso, por falta de um ou mais pressupostos processuais.

No Juízo de mérito, haverá a apreciação da pretensão recursal, podendo ocorrer o provimento ou o improvimento do recurso.

Os pressupostos processuais dividem-se em:

- *pressupostos objetivos*: cabimento, tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo;

- *pressupostos subjetivos*: interesse processual e legitimidade.

1.3. Pressupostos Objetivos

1.3.1. Cabimento

O recurso deve ser o cabível. É o Princípio da Taxatividade ou Tipicidade dos Recursos, pelo qual o recurso cabível é o previsto em lei. O recurso pode até ser inominado, não afastando a sua legalidade.

Além de previsão legal, há a necessidade de se usar o recurso adequado. A adequação do recurso se dá pela natureza do ato recorrido.

As sentenças são apeláveis, sendo que sentença é o ato pelo qual o juiz põe fim ao processo, com ou sem julgamento do mérito. É ato que põe fim ao procedimento em 1.º grau e, como tal, é apelável.

As decisões interlocutórias (ato pelo qual o juiz decide uma questão incidente sem pôr fim ao processo) são agraváveis. Ex.: indeferimento liminar da reconvenção, embora seja uma ação, é considerada pelo STJ como uma questão, sendo agravável.

Em princípio, os despachos de mero expediente (destinam-se a dar impulso ao processo) são irrecorríveis; presume-se que eles não têm conteúdo decisório.

A regra da unicidade ou singularidade ou unirrecorribilidade dos recursos significa que o recurso cabível é um só, excluindo-se outras formas de recurso. Essa regra tem aparentes exceções; vejamos:

a) Acórdão proferido em parte por unanimidade e em parte por maioria de votos.

Ex.: por 2 a 1, a apelação foi conhecida e por unanimidade é provida. A parte vencida deve interpor simultaneamente embargos infringentes contra a parte não unânime e recurso especial contra a parte unânime. O recurso especial e o recurso extraordinário terão seu processamento sobrestado até o julgamento dos embargos e são intempestivos o recurso especial e o

extraordinário que forem interpostos depois de julgados os embargos infringentes. Cada um desses recursos se volta para um capítulo diferente do acórdão. Seus objetivos são diferentes.

b) Interposição simultânea de recurso especial e recurso extraordinário.

Primeiro, deverá ser julgado o recurso extraordinário e, posteriormente, o especial.

O Princípio da Fungibilidade Recursal consiste na possibilidade de que um recurso seja conhecido como outro recurso. Essa regra não está prevista expressamente no CPC, mas a jurisprudência a reconhece, com base na instrumentalidade das formas, sendo que o recurso é aproveitado se puder atingir seu objetivo. São requisitos para que isso possa ocorrer:

- Inocorrência de erro grosseiro. Ex.: a lei dispõe expressamente que o recurso cabível é a apelação e o recorrente interpõe um agravo.
- Dúvida objetiva acerca do cabimento do recurso.
- Ausência de má-fé por parte do recorrente. Aquele que atua com dolo processual, objetivando um fim ilícito, para tumultuar o processo, não será atingido pelo princípio da fungibilidade recursal.
- Preservação do prazo do recurso cabível, ou seja, interposição do recurso no prazo menor. Uma parte da doutrina dispensa esse requisito, como Nelson Nery e Nelson Pinto. Após a reforma do CPC e a introdução do novo regime do agravo de instrumento, parte da

doutrina não mais admite a fungibilidade entre apelação e agravo, porque esses recursos são dirigidos a órgãos e graus diferentes.

Dois problemas, porém, surgem com a fungibilidade:

- problema de preparo simultâneo;
- juntada das peças na interposição do agravo.

1.3.2. Tempestividade

Consiste na observância do prazo para interpor o ato. Prazo é o lapso temporal previsto pela lei para a prática de determinado ato.

Vigoram as regras gerais sobre prazos do CPC, quais sejam:

- a contagem do prazo se dá pela exclusão do dia inicial e inclusão do dia final;
- os prazos não se suspendem, nem se interrompem pela superveniência de feriados;
- os prazos somente se suspendem nas férias, exceto naquelas causas que têm curso nas férias (correm nas férias aquelas taxativamente previstas em lei).

Há regras especiais que se aplicam à interposição dos recursos. São elas:

- se ocorrer a morte da parte ou do advogado, ou causa de força maior no curso do prazo recursal, haverá a integral devolução do prazo, ou seja, a interrupção do prazo;
- o termo inicial do prazo recursal está condicionado à cientificação da parte:
  - prazo começa a fluir da leitura da sentença em audiência, desde que as partes tenham sido intimadas para a audiência;
  - quando a sentença não for prolatada em audiência, o prazo começa a fluir a partir da intimação das partes na pessoa de seus advogados;
  - conta-se o prazo a partir da publicação da súmula do acórdão no *Diário Oficial*, desde que o inteiro teor do acórdão seja acessível à parte.

1.3.3. Regularidade formal ou procedimental

Requisitos do recurso:

- *Fundamentos da impugnação*: os fundamentos devem ser apresentados no ato da interposição do recurso.
- *Pedido:* vigoram os princípios da demanda e dispositivo. O pedido é que vai dar a extensão do efeito devolutivo do recurso; vigora a regra de que tanto se devolve ao Tribunal, quanto se impugna.
- *Preparo:* não é ato exclusivo da disciplina recursal. O preparo consiste no recolhimento de custas ou taxa judiciária exigida em determinado momento do processo. A exigência do preparo não está disciplinada no CPC. As regras do preparo no âmbito estadual estão reguladas nos chamados Regimentos de Custas. No âmbito federal, na

respectiva Lei da Organização Judiciária. Também estão reguladas nos regimentos dos Tribunais. Ex.: STJ não exige custas. O art. 511 do CPC exige que a prova do preparo seja feita no ato da interposição do recurso. Há duas interpretações a respeito:

- STJ (interpretação literal): a interposição do recurso e a prova do preparo devem ser simultâneas, sob pena de preclusão consumativa;
- permite uma dissociação entre recurso e preparo, desde que preservado o prazo recursal.

O preparo é dispensado para o MP, a Fazenda Pública e para outras pessoas que gozem de isenção legal. Ex.: pessoas que gozam do benefício da justiça gratuita.

Não sendo efetuado o preparo de maneira tempestiva e regular, o recurso é denominado deserto. A deserção, em princípio, pode ser declarada pelo Juízo *a quo*, quando esse é competente para receber o recurso.

A deserção poderá ser relevada pelo Juízo, se a parte provar justo impedimento (impedimento imprevisível e inevitável). Pedidos de reconsideração não suspendem e nem interrompem prazos para o recurso, salvo se a lei expressamente falar. Segundo a jurisprudência, se o juiz já tiver decretado a deserção, o pedido de reconsideração não suspende nem interrompe o prazo para o recurso, o qual deverá ser manifestado juntamente com o pedido de reconsideração, sob pena de preclusão.

1.4. Pressupostos Subjetivos

1.4.1. Interesse processual de recorrer

Traduz-se na utilidade do provimento pleiteado, que é dada por meio da necessidade e adequação, que convergem em utilidade ou interesse. No âmbito recursal, o interesse é dado pela sucumbência (derrota), que não se confunde com ônus da sucumbência.

A sucumbência ocorre quando a parte tem uma frustração de expectativa dentro do processo, podendo obter uma situação mais vantajosa. Por exemplo, sentença de mérito e sentença de carência, em que a primeira gera coisa julgada material, em caso de ser favorável para o réu, ao contrário do que ocorre na segunda.

No Processo Civil, não há interesse para se alterar a motivação da sentença, quando essa for favorável.

A sucumbência pode ser recíproca, isto é, autor e réu podem ser vencidos e vencedores ao mesmo tempo. Havendo sucumbência recíproca, cada parte deve opor seu recurso autonomamente. É possível, no entanto, que a parte que não recorreu venha a aderir ao recurso da outra parte. Há uma analogia entre o recurso adesivo e a reconvenção. Há uma restrição da doutrina quanto à nomenclatura do recurso adesivo, podendo esse ser chamado de recurso subordinado.

A parte que perdeu e não recorreu não está propriamente aderindo ao recurso do outro, pois segue a sorte do recurso principal.

O recurso adesivo é cabível nas hipóteses de apelação, embargos infringentes, recurso extraordinário e recurso especial.

O recurso adesivo se submete a todos os pressupostos gerais de admissibilidade dos recursos em geral. Sua admissibilidade fica condicionada à

admissibilidade do recurso principal ao qual está aderindo. O não conhecimento do recurso principal leva ao não conhecimento do recurso adesivo.

O recurso adesivo não é espécie de recurso, é uma forma de interposição de um recurso existente. Segundo a jurisprudência e a doutrina, quem recorrer de forma principal não pode mais recorrer adesivamente, pois já ocorreu a preclusão consumativa.

Para a jurisprudência majoritária, o recurso adesivo não precisa necessariamente se contrapor à matéria do recurso principal, podendo atacar qualquer ponto da sucumbência, sem vinculação com o recurso principal. Quanto ao prazo, se o recurso principal for interposto e for tido como intempestivo, não se pode valer do recurso adesivo, pois ocorreu a preclusão consumativa.

1.4.2. Legitimidade

Legitimadas para recorrer são as partes, que não são apenas o autor e réu, mas todo aquele que se encontra em contraditório com o juiz.

Pode também recorrer o terceiro prejudicado, que é todo aquele que não é parte, que não integra uma dada relação jurídica perante o juiz. Ele não é totalmente indiferente ao desfecho do processo. Esse terceiro é titular de uma relação jurídica conexa à outra relação jurídica que é o objeto do processo.

O recurso de terceiro é uma forma de intervenção de terceiro *lato sensu*.

São terceiros prejudicados:

- litisconsorte necessário (por força de lei ou relação jurídica material) que não integrou a relação jurídica;
- aqueles terceiros que poderiam, em tese, intervir sob alguma das

modalidades de intervenção de terceiros; mas a interposição do recurso não produz os mesmos efeitos da intervenção, que tem o seu momento próprio.

O MP também pode recorrer, pois tem legitimidade quando é parte ou quando é fiscal da lei. Pode recorrer mesmo que, eventualmente, não haja recurso das partes.

Indaga-se: o MP está vinculado ao interesse que motivou o seu ingresso?

Em princípio, não está vinculado, ele é fiscal do direito objetivo, porém o tema é bastante controvertido.

1.5. Efeitos dos Recursos

Impede a preclusão: a decisão recorrida não se torna imutável, podendo ser revista. Em se tratando de sentença, impede a coisa julgada.Libera a competência do órgão *ad quem.*

Efeito devolutivo: é inerente a qualquer modalidade de recurso, porque por meio dele é que se devolve ao Tribunal o conhecimento da matéria impugnada. Ocorre a transferência da matéria impugnada ao órgão *ad quem.* Varia de recurso para recurso. O efeito devolutivo pode ser visto sob dois enfoques:

a) Extensão

O efeito devolutivo está relacionado com o dispositivo (conclusão) de uma dada decisão. Em princípio, dispositivo não impugnado é dispositivo não

devolvido ao conhecimento do Tribunal. Ocorre a preclusão, e a sentença, neste ponto, transita em julgado. Vigora a seguinte regra: *a devolução se dá na medida da impugnação. Tanto se devolve quanto se impugna. Essa regra é um desdobramento do Princípio Dispositivo***.** Aplicam-se as regras dos arts. 2.º, 128 e 460 do CPC.

b) Profundidade

Refere-se aos fundamentos e às questões que se relacionam ao dispositivo. A devolução em profundidade depende da devolução em extensão. Por exemplo, o art. 515 do CPP dispõe que o recurso devolve ao Tribunal a matéria impugnada (devolução em extensão). Os parágrafos desse artigo dizem respeito à devolução em profundidade. Em profundidade ficam devolvidas todas as questões suscitadas e debatidas em 1.º grau, ainda que não julgadas em 1.º grau. Ficam devolvidos os fundamentos da demanda e da defesa, ainda que não julgados em 1.º grau. Se a demanda ou a resposta (defesa) tiverem mais de um fundamento, esses fundamentos também ficam devolvidos (art. 515, § 2.º, do CPC).

As questões de fato não propostas em 1.º grau não podem ser propostas originariamente em grau recursal, salvo por motivo de força maior.

Obs.: a prescrição é um caso particular, porque, se o Tribunal afasta a prescrição e há outras questões, surgem duas correntes: a primeira corrente diz que se anula a decisão e o Tribunal não prossegue no exame das demais questões, devolvendo-se ao 1.º grau para a sua apreciação. A segunda corrente diz que se prossegue na apreciação das demais questões devolvidas pelo art. 515 do CPC.

Efeito suspensivo: quando esse efeito existe, a interposição do recurso impede a produção dos efeitos da decisão recorrida. A suspensividade é a regra no recurso de apelação.

1.6. Renúncia e Desistência

Pressupõem a renúncia ao direito de recorrer ou a desistência do recurso. A renúncia é um ato de disponibilidade do recurso que ainda não foi interposto pela parte. A desistência é um ato de disponibilidade do recurso já interposto.

A renúncia e a desistência podem ser expressas ou tácitas:

- *Renúncia e desistência expressas*: resultam de uma manifestação expressa das partes.
- *Renúncia e desistência tácitas*: são aquelas que decorrem de uma conduta incompatível com a vontade de recorrer. Ocorre quando a parte dá cumprimento à decisão sem nenhuma ressalva. Por trás desses institutos, há uma preclusão lógica do direito de recorrer.

Tanto a desistência quanto a renúncia independem de anuência da parte adversária.

Se houver desistência da apelação, ela transita em julgado. Depois da sentença, não há mais como desistir da ação, só sendo possível desistir do recurso, pois a desistência da ação se dá apenas em 1.º grau.

A desistência e renúncia não necessitam da anuência dos litisconsortes, mas as conseqüências sobre os demais litisconsortes que não recorreram dependerão da natureza do litisconsórcio.

2. APELAÇÃO

É o recurso cabível contra a sentença (ato que põe fim ao processo).

Deve ser interposta perante o Juízo *a quo* (órgão que proferiu a sentença). É ele quem realiza o primeiro controle de admissibilidade do recurso, que pode ser positivo ou negativo. Positivo recebe a apelação. Negativo denega a apelação.

Recebendo a apelação, o juiz deve declarar os efeitos em que ele a recebe, não havendo discricionariedade em relação a esses efeitos.

Mesmo que o juízo seja positivo, o apelado, em contra-razões, pode alegar a falta de alguns dos pressupostos de admissibilidade, podendo o juiz voltar atrás, convolando o juízo positivo em negativo.

O juízo negativo ocorre quando o juiz não admite o processamento da apelação. Dá-se por meio de uma decisão interlocutória. Caberá agravo de instrumento, pois se fosse retido não haveria como fazer subir a apelação para conhecer do retido.

O juízo positivo do órgão *a quo* é irrecorrível, pois o órgão *ad quem* não está vinculado à admissibilidade de 1.º grau, que será objeto de preliminar no Tribunal.

O juiz deve prover os efeitos. A parte da decisão que regula os efeitos é recorrível por meio de agravo de instrumento.

2.1. Efeitos do Recurso de Apelação

Em regra, a apelação tem efeito suspensivo. Somente nas hipóteses taxativamente previstas pela lei terá o efeito devolutivo.

As hipóteses de exceção de suspensividade (somente no efeito devolutivo) estão, basicamente, no art. 520 do CPC:

- processo cautelar;
- condenação de alimentos;
- sentença que rejeitar os embargos do devedor;
- sentença de instituição de arbitragem nas hipóteses de descumprimento da cláusula compromissória.

Nos casos do art. 520, pode o apelante requerer o efeito suspensivo na forma do art. 558, par. ún., do CPC, analogamente ao que ocorre no caso do agravo de instrumento.

Parte expressiva da doutrina entende que a regra do art. 558, par. ún., do CPC, aplica-se também aos demais casos de apelação sem efeito suspensivo (hipóteses fora do art. 520).

Há três correntes quanto à forma de se requerer o efeito suspensivo: a primeira diz que deve ser diretamente ao Tribunal, por meio de uma medida cautelar. Isso ocorre nas hipóteses de recurso especial e recurso extraordinário, que não têm efeito suspensivo. São previstas no regimento interno (art. 800 do CPC: interposto o recurso, a cautelar será diretamente requerida perante o Tribunal). A segunda corrente diz que se requer ao próprio juiz da causa; e a terceira diz que é por meio de mandado de segurança.

Quanto ao efeito devolutivo, aplicam-se as regras do art. 515 do CPC. A apelação tem também o efeito translativo, ou seja, ficam transferidas ao Tribunal pela apelação as questões anteriores à sentença acerca das quais não tenha ocorrido a preclusão (condições da ação e pressupostos processuais, ainda que não tenham sido objeto de decisão). Na apelação, por força dos efeitos devolutivo e translativo, é vedada a *reformatio in pejus* (reforma para pior). O Tribunal não pode agravar a situação de quem recorreu, favorecendo a situação de quem não recorreu. Pelo efeito devolutivo, não ficam transferidas ao Tribunal questões de fato não propostas em 1.º grau, salvo caso de força maior.

Quando a apelação for recebida só no efeito devolutivo, cabe ao vencedor promover a execução provisória.

3. AGRAVO

É o recurso adequado contra decisões interlocutórias.

O agravo no CPC está sujeito a dois regimes:

- retido;
- instrumento.

Em princípio, como regra, o regime de agravo fica a critério do agravante. Há exceções, que se destacam por dois motivos:

a) Por expressa disposição legal, ditando a forma do agravo

Ex.: no procedimento sumário, da decisão proferida em audiência, quando disser respeito à matéria probatória, será sempre na forma de agravo retido. Nas decisões proferidas após a sentença, o agravo é sempre retido.

b) Decorre do interesse recursal

Ex.: decisões que concedem ou indeferem providências liminares: cabe o agravo de instrumento. Se entrar com o retido, só se evitará a preclusão.

3.1. Agravo Retido

O prazo para sua interposição é de 10 dias. É processado nos próprios autos e independe de preparo. Permite a retratação, ou seja, a reforma da decisão proferida pelo juiz.

A sua interposição gera a necessidade de oitiva, manifestação do agravado. Esse prazo de resposta, pela doutrina, é de 10 dias.

O prazo de 5 dias que consta da lei é um prazo para o juiz, é um prazo impróprio (opinião da doutrina majoritária).

O agravo retido pode ser interposto oralmente na audiência.

No sumário, o agravo tem que ser retido, não significando que deva ser oral.

Interposto oralmente, deve vir acompanhado das razões e do pedido de reforma.

O agravo retido tem o seu conhecimento condicionado à expressa reiteração em razões de apelação ou contra-razões de apelação. Nas contra-razões, normalmente, é condicional.

Das decisões proferidas após a sentença, salvo de inadmissibilidade do recurso, diz a lei que o agravo deve ser sempre retido. Essa regra não é absoluta, ela não se aplica ao processo de execução, que segue a sentença, e é preciso verificar o interesse de agir para o recurso.

O dispositivo está inspirado na economia processual; subindo a apelação, sobe o agravo retido.

3.2. Agravo de Instrumento

É interposto diretamente perante o Tribunal. Os requisitos para a interposição são:

- Razões de reforma do pedido.
- Indicação do nome e endereço dos advogados (o objetivo é a intimação).
- O agravante desde logo deve instruir o recurso com as peças necessárias. Há peças que são obrigatórias e peças que são facultativas. As peças obrigatórias são a cópia da decisão agravada, a certidão de intimação, a procuração de ambas as partes. As peças facultativas são peças essenciais à compreensão da controvérsia. Entende-se que a falta de provas obrigatórias ou facultativas acarreta o não conhecimento do agravo, sem a possibilidade de suprimento mediante conversão do julgamento em diligência.

3.2.1. Procedimento

Interposto o agravo de instrumento, é feita a distribuição incontinenti a um relator.

a) Cabe ao relator, desde logo, indeferir o agravo nas hipóteses do art. 557.

Ocorre quando:

- o recurso for inadmissível;
- não vier instruído com as peças necessárias;
- for ele improcedente;
- o recurso estiver prejudicado;
- o recurso contrariar Súmula do Tribunal.

Se o agravo de instrumento for indeferido liminarmente pelo relator, cabe recurso de agravo, no prazo de 5 dias, nos próprios autos. É o chamado agravo regimental, que é dirigido ao órgão colegiado competente para julgar o agravo de instrumento.

Contra o deferimento ou indeferimento de efeito suspensivo, não há previsão de recurso cabível no CPC.

b) O relator pode requisitar informações da autoridade que proferiu a sentença (Juízo a quo). É semelhante ao mandado de segurança.

c) Pode conferir efeito suspensivo ao agravo.

Majoritariamente, entende-se que a concessão depende de pedido da parte, sendo que o juiz não a pode conceder de ofício. Discute-se se o relator pode dar o efeito "ativo".

O relator deve determinar a intimação do agravado para que junte suas contra-razões e suas peças. O agravado pode utilizar os mesmos meios disponíveis ao agravante.

Interposto o agravo, o agravante tem o prazo de 3 dias para fazer juntar aos autos principais a cópia do agravo que interpôs e a relação dos documentos que instruíram esse agravo. Se não fizer isso, entende-se que o agravo não deve ser conhecido (posição majoritária). A exigência tem duas razões: permitir ao agravado que responda e dar oportunidade ao juiz de se retratar.

Se o juiz reformar a sua decisão, dispõe a lei, o agravo ficará prejudicado. O agravado não pode assumir a posição de agravante, como era feito no sistema do Código anterior.

É ônus do agravado interpor recurso contra a decisão do juiz.

4. EMBARGOS INFRINGENTES

É o recurso cabível contra acórdão não unânime proferido em apelação ou ação rescisória.

Não cabem embargos infringentes:

- Em acórdão proferido em agravo de instrumento. Tratando-se de agravo retido, sendo ele julgado simultaneamente com a apelação, admitem-se os embargos em duas hipóteses:
  - quando nele se discutir matéria de mérito; por exemplo, prescrição;
  - quando nele se discutir matéria de ordem pública.

Essas duas matérias se justificam porque são típicas de apelação, podendo ser devolvidas na própria apelação;

- nos julgamentos não unânimes, de REsp ou de RE;
- segundo a jurisprudência do STJ, em reexame necessário;
- nas decisões dos plenários dos Tribunais em incidente de inconstitucionalidade.

É um recuso cabível também em certas execuções fiscais de reduzido valor.

É voltado ao próprio órgão monocrático, ou seja, ao Juízo prolator da sentença. É uma espécie de retratação.

Para que caibam os embargos infringentes, a divergência deve referir-se ao dispositivo do acórdão (conclusão). Em princípio, é irrelevante a divergência na fundamentação, se ela conduzir à mesma conclusão.

4.1. Efeitos dos Embargos Infringentes

Têm efeito devolutivo, que fica limitado à divergência e à impugnação (art. 515 do CPC, subsidiariamente).

Com relação à parte unânime, eventual impugnação deve ser deduzida imediatamente, sob pena de intempestividade. Interpõem-se o recurso especial e o recurso extraordinário concomitantemente com os embargos infringentes.

O processamento dos recursos especial e extraordinário fica suspenso até o julgamento dos embargos.

Em princípio, os embargos infringentes têm efeito suspensivo, se a apelação teve esse efeito antes. A suspensividade só atinge o que foi objeto de devolução.

Obs.: não cabem embargos infringentes contra mandado de segurança, por se tratar de lei especial (Lei n. 1.533/51).

4.2. Procedimento

A admissibilidade dos embargos infringentes é feita pelo relator da própria apelação ou rescisória, que pode inclusive indeferir o recurso. Se indeferir os embargos infringentes, cabe recurso de agravo para o colegiado, que é competente para julgar os embargos.

Admitidos os embargos infringentes, haverá sorteio de um novo relator, que recairá preferencialmente sobre alguém que não participou do processo.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Processo de Conhecimento

1. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Há divergência na doutrina quanto à natureza jurídica dos embargos de declaração. No sistema brasileiro têm natureza de recurso.

O embargo de declaração é um recurso que tem finalidade de suprir uma omissão ou afastar uma contradição ou obscuridade. No CPC hoje não se faz remissão à dúvida, porque é aspecto subjetivo que resulta dos demais (omissão, contradição, obscuridade). A Lei n. 9.099/95 faz menção à dúvida.

- *Contradição:* É de natureza formal lógica entre os elementos da decisão embargada. Não é contradição com provas dos autos ou com o direito aplicado.
- *Obscuridade:* É um obstáculo que impede a inteligência, a compreensão da sentença.
- *Omissão:* Sentença omissa é aquela que deixou de se manifestar sobre uma questão relevante para a solução da controvérsia. Questão é um ponto de fato ou de direito que se tornou controvertido.

Os embargos são aptos a estabelecer o pré-questionamento (consiste em que a decisão tenha apreciado uma questão).

Havendo questão de fato ou de direito relevante para a controvérsia, o órgão julgador comete uma omissão. O pré-questionamento corresponde à apreciação da questão por uma decisão.

Os embargos de declaração não se prestam a introduzir questões novas que não foram anteriormente introduzidas.

Do julgamento dos embargos, nessas hipóteses examinadas, pode resultar uma modificação da decisão embargada. Além disso, a jurisprudência tem admitido, excepcionalmente, embargos declaratórios infringentes, com caráter deliberadamente modificativo. São casos de erro material evidente. Por exemplo: falta de intimação das partes para o julgamento, questões afetas a tempestividade do recurso etc.

Os embargos podem ser interpostos contra sentença ou contra acórdão, e uma boa parte da doutrina admite-os contra decisão interlocutória.

Devem ser opostos no prazo de 5 dias, quer no caso de sentença, quer no caso de acórdão.

Os embargos declaratórios interrompem o prazo para o recurso principal.

Na Lei n. 9.099/95 fala-se em dúvida e suspensão do prazo.

Essa interrupção ocorre mesmo que os embargos não venham a ser conhecidos, salvo na hipótese de intempestividade.

Os embargos declaratórios não estão sujeitos ao contraditório, mas se tiverem caráter infringente, pode o juiz ou o Tribunal determinar que haja o contraditório.

Se os embargos forem tidos por protelatórios (pois paralisam o processo), pode ser aplicada uma multa, de 1% sobre o valor da causa, ao

embargante. Essa multa poderá ser majorada até 10% em caso de reiteração, ficando condicionada a interposição do recurso ao pagamento da multa.

2. RECURSO ESPECIAL E RECURSO EXTRAORDINÁRIO

São recursos que se voltam à tutela do direito objetivo, isto é, o recurso extraordinário visa ao controle de ofensa ao texto constitucional e o recurso especial tutela o direito objetivo mediante a uniformização da aplicação da lei federal.

O recurso extraordinário e o recurso especial não abrem uma terceira instância para a parte.

O recurso extraordinário é da competência do Supremo Tribunal Federal e o recurso especial é da competência do Superior Tribunal de Justiça.

2.1. Pontos em Comum dos Recursos Especial e Extraordinário

São recursos destinados à discussão de questões de direito, portanto, não admitem reexame de prova nos autos ou interpretação de cláusula contratual (vontade das partes).

Não dispensam o requisito do pré-questionamento, sendo que essa exigência impede a supressão de graus de jurisdição. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm exigido o pré-questionamento explícito, não admitindo o implícito, nem mesmo se a violação do preceito for contemporânea à edição do acórdão.

Exigem o prévio exaurimento dos recursos *ordinários* cabíveis.

Nesses dois recursos, quando o acórdão tiver mais de um fundamento suficiente, todos eles devem ser impugnados através dos recursos. Se a decisão contiver fundamento constitucional e infra-constitucional, os dois deverão ser atacados pelos dois recursos diferentes (Súmula n. 126 do STJ). Nenhum dos dois recursos se presta à discussão de direito local.

2.2. Procedimento

O recurso extraordinário e o recurso especial são interpostos perante o Tribunal *a quo*, competindo à presidência ou vice-presidência o controle da respectiva admissibilidade.

Interposto o recurso, a parte contrária é intimada para contra-arrazoar. Duas hipóteses podem ocorrer: o recurso será admitido ou será inadmitido.

a) Recurso inadmitido

Contra a decisão de indeferimento cabe recurso de agravo. Esse agravo se interpõe perante o Tribunal *a quo*, e não perante o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça. Não se aplicam as regras dos arts. 523 e ss. Esse agravo deve estar, desde logo, acompanhado das peças destinadas à formação do instrumento, sob pena de não conhecimento. O Tribunal *a quo* não pode negar seguinte ao agravo, mesmo que seja intempestivo. Nos Tribunais Superiores, esse agravo será desde logo julgado por um relator e duas coisas podem acontecer:

- relator nega provimento ao agravo, ou seja, nega seguimento ao recurso. Dessa decisão cabe o recurso de agravo, que é previsto no CPC e nos regimentos internos. É o agravo regimental que será julgado pela Turma.
- relator dá provimento ao agravo e outras duas coisas podem acontecer:
  - os autos sobem para serem julgados;
  - se as peças que instruíram o agravo permitirem, o relator converte o agravo em recurso especial.

b) Recurso admitido

Interpostos simultaneamente, recurso especial e recurso extraordinário, ambos foram admitidos. A lei determina que o recurso especial seja julgado primeiro. Se o Superior Tribunal de Justiça entender que o recurso extraordinário é prejudicial, ele remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível. Se o Supremo Tribunal Federal entender que não há prejudicialidade, ele devolve os autos ao Superior Tribunal de Justiça, em decisão irrecorrível.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Processo de Execução

1. INTRODUÇÃO

Na execução, não há uma sentença de mérito, mas uma resposta de mérito, ou seja, o juiz toma providência para a satisfação do pedido, que, no processo de execução, é a satisfação do direito (crédito). A execução é, portanto, uma ação, já que há uma resposta de mérito. Existe, portanto, necessidade de preencher as condições da ação, a saber : possibilidade jurídica do pedido, legitimidade de parte e interesse de agir.

Quem tem legitimidade ativa é o credor, o espólio ou herdeiros, e o cessionário.

Para o credor efetuar a cessão de crédito, não é preciso o consentimento do devedor. É necessário, porém, notificar o devedor sobre essa cessão de crédito. Iniciada a execução, o credor pode ceder seu crédito. O Supremo Tribunal Federal, porém, diz que, no processo de execução, não se aplica o art. 42 do Código de Processo Civil, porque, havendo execução de um crédito, esse crédito pode ser cedido a terceiro; o art. 42 diz que a ação continua correndo entre as partes originárias, contudo, o Supremo afirma que, no processo de execução, não continua entre as partes originárias, mas sim entre o cessionário (adquirente) e o devedor.

No processo de execução é muito comum haver litisconsórcio. Basta que, no título executivo, haja mais de um credor ou mais de um devedor.

Quanto à intervenção de terceiros, é impossível ocorrer no processo de execução. O que se admite é a figura de assistência nos embargos à execução, que têm natureza de processo de conhecimento.

O art. 570 do Código de Processo Civil trata de situações em que há um título executivo judicial e o credor não toma a iniciativa da execução. O devedor assume a iniciativa para que o credor seja citado e venha receber. O artigo estabelece que o devedor assume, no processo, posição idêntica à do exeqüente. Esse artigo permite que o devedor use o mesmo processo, os mesmos autos em que foi condenado, para promover contra seu credor uma ação de consignação em pagamento.

Quem tem legitimidade passiva – para figurar num processo de execução – é o devedor que figurar como tal no título executivo.

A cessão de débito, porém, é possível, desde que com a anuência do credor. Isso porque quem responde pelas dívidas do devedor é seu patrimônio.

Haverá interesse de agir quando houver necessidade e adequação. A execução será necessária quando houver um inadimplemento do devedor. Por isso, se não houver vencido a dívida, falta interesse para a execução. A execução é adequada pela existência de um título executivo.

O art. 592 do Código de Processo Civil permite que a execução atinja bens de terceiros, que não os do devedor, desde que os terceiros tenham responsabilidade patrimonial. Ex.: bens da esposa, desde que a dívida reverta em proveito do casal.

2. REQUISITOS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Para uma execução, é necessário o preenchimento de dois requisitos essenciais: o inadimplemento do devedor e a existência de um título executivo.

No processo de execução, parte-se do princípio de que já se sabe quem está com a razão, visto que o autor possui um título executivo judicial, que se caracteriza por um sentença, ou um título executivo extrajudicial. Esses títulos executivos só podem ser criados por lei, ou seja, o rol enumerado nos arts. 584 e 585 do Código de Processo Civil é taxativo (*numerus clausus*).

O título executivo contém uma obrigação, que se reveste de atributos de liquidez, certeza e exigibilidade.

Liquidez consiste na determinação ou determinabilidade do *quantum debeatur* (quantidade devida ao credor), a partir dos elementos contidos no título. Um título tem liquidez quando, a partir dele próprio, se chega ao valor devido ao credor.

Exigibilidade decorre do alcance do termo da obrigação. O cheque é uma ordem de pagamento à vista.

Certeza consiste na determinação do objeto do direito a ser satisfeito.

A execução tem que ser feita no documento original, exceto no caso de o título fazer parte de um processo criminal, quando a jurisprudência admite cópia autenticada. Ex.: ladrão que rouba cheque e é pego. O cheque deve ser juntado ao processo-crime.

Outra exceção é o caso das apólices de seguro, que podem ser executadas por meio de cópias autenticadas.

2.1. Títulos Executivos Judiciais

O primeiro título é a sentença civil condenatória. Vale lembrar que essa sentença não precisa transitar em julgado para que se possa iniciar a execução, bastando apenas que não caibam mais recursos dotados de efeito suspensivo;

O segundo título é a sentença penal condenatória transitada em julgado. Essa, sim, precisa transitar em julgado, como o próprio nome já diz, para que se possa iniciar a execução. A razão para esse trânsito é a obediência ao Princípio da Presunção de Inocência.

A sentença penal condenatória transitada em julgado, porém, apesar de funcionar como título executivo, necessita da liquidação, visto que essa espécie de sentença não trata do montante do prejuízo sofrido pela vítima e, mesmo que quisesse, não poderia fazê-lo, em função da falta de participação da própria vítima no processo criminal.

Exemplos:

a) Atropelamento

De um atropelamento resultam dois tipos de ação: penal e civil. Imaginemos que as duas foram propostas. Podem ocorrer, entre outras, duas situações:

- A ação penal foi julgada improcedente por falta de provas e, nesse caso, a ação civil pode perfeitamente prosseguir;
- A segunda situação possível é a ação penal ser julgada procedente. Nesse caso, a ação civil perde seu interesse jurídico, visto que a condenação penal transitada em julgado já é um título executivo. O juiz, dessa forma, teria que extinguir a ação civil por falta de

interesse superveniente. Vale ressaltar que as custas ficariam a cargo do réu, visto já ter sido apurada sua responsabilidade penal.

Encontramos exceção quando a ação estiver bem adiantada, já na fase de avaliação do *quantum debeatur*, perfazendo uma perícia bastante onerosa, por exemplo. Nessa situação, o juiz não extinguiria a ação civil, mas também não mais falaria sobre a culpa do réu (visto já ter sido condenado penalmente), trataria apenas da liquidação do prejuízo.

b) Duas ações: uma penal e uma civil

A ação civil foi julgada improcedente e transitou em julgado por incompetência do advogado. A ação penal condena o réu. Nesse caso, pode a vítima, que perdeu a ação no âmbito civil, usar a sentença penal como título executivo? A opinião do STJ é que a vítima não pode usar a sentença penal condenatória– mesmo após o trânsito em julgado– como título executivo, visto que na esfera cível prevalecem as sentenças cíveis, o mesmo acontecendo na esfera penal. Uma única saída talvez fosse possível nessa situação: a ação rescisória com a finalidade de anular a ação civil.

O terceiro título é a sentença arbitral, que é tratada na nova Lei de Arbitragem, que prevê que não há necessidade de ser homologada pelo juiz. Mesmo assim, está no rol dos títulos executivos judiciais, portanto, é um título executivo judicial que não provém de um juiz.

O quarto título é a sentença de acordo. Quando o juiz homologa um acordo, isso implica extinção do processo com julgamento de mérito. Não é a homologação judicial que atribui eficácia ao acordo, pois o que vale é a manifestação de vontade das partes, já que depende disso. Depois de feito o

acordo e antes de homologado, portanto, a parte não pode desistir sem a anuência da outra parte.

O quinto título é a sentença estrangeira. Sobre esse título, vale dizer que é necessária a homologação da sentença pelo Supremo Tribunal Federal.

O sexto título é o formal e a certidão de partilha, expedido após o inventário ou arrolamento. Aquilo que consta do formal de partilha vale como título executivo. A decisão do juiz, que defere a tutela antecipada, vale como título executivo judicial, pois já pode ser executada, mesmo que provisoriamente. O rol legal de títulos executivos é taxativo e, como a tutela antecipada foi criada por lei, não fere a taxatividade.

2.2. Títulos Executivos Extrajudiciais

Têm previsão no art. 585 do Código de Processo Civil (cheque, nota promissória, duplicata, letra de câmbio...)

Quanto ao cheque, só é possível fazer a execução enquanto não estiver prescrito, podendo ser cobrado, quando assim estiver, por ação de cobrança ou ação monitória.

A duplicata é um título causal, ou seja, só pode ser emitido com base em uma determinada coisa (como a venda mercantil ou uma prestação de serviços). Se ela for aceita (aceite do devedor), por si só já é suficiente para a execução. Se não aceita, poderá ser executada, se vier acompanhada de dois documentos – nota fiscal, com respectivo comprovante de entrega de mercadoria ou prestação do serviço, e o instrumento de protesto.

A escritura pública e o instrumento particular, feito pelo devedor e assinado por duas testemunhas, também são títulos executivos extrajudiciais.

A lei considera título executivo o acordo firmado por duas pessoase assinado por seus advogados.

O contrato de locação tem validade de título executivo extrajudicial. Não é preciso estar assinado por duas testemunhas.

O boleto de cobrança de condomínio não é título executivo extrajudicial e, portanto, para ser cobrado, deve ser acionado em ação de cobrança, não em execução direta.

3. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA

A execução pressupõe título executivo que seja líquido e, portanto, pode ser precedida de um processo de liquidação.

A liquidação será necessária quando houver condenação genérica (é aquela que não estabelece o *quantum debeatur* ou não individualiza a coisa objeto da obrigação).

A liquidação, assim, é objeto de um novo processo, que complementa o processo de conhecimento e prepara o processo de execução. Pode ter duas formas, segundo o Código de Processo Civil: por artigos e por arbitramento.

Com a nova redação do art. 604 do Código de Processo Civil , foi suprimida a liquidação por cálculos do contador; se a apuração do crédito depender de uma operação aritmética, o credor deve apresentar uma memória do cálculo e desde logo promover a execução.

Para se opor a esse cálculo, o devedor se utiliza dos embargos do devedor.

Parte da doutrina entende que esse dispositivo (art. 604 do CPC) não se aplica à Fazenda Pública, porque ele faz menção à execução por penhora, e a execução da Fazenda Pública tem seu regime especial. Ressalta-se, também, a indisponibilidade do interesse público.

A posição que admite a aplicação do dispositivo considera, inclusive, que os embargos da Fazenda não estão sujeitos à prévia garantia do Juízo.

O art. 604 é inaplicável, em se tratando de pensão alimentícia, quer pela indisponibilidade, quer pelo fato de a prisão poder ser decretada. Na execução de pensão alimentícia, a prisão é uma das formas, e, além disso, quando o devedor é citado para pagar sob pena de prisão, a ele é dado justificar as razões, quer já tenha pagado ou haja impossibilidade de fazê-lo.

A supressão da liquidação por cálculo do contador não impede que o juiz se valha do seu auxiliar da Justiça, que é a Contadoria.

- *Liquidação por artigos:* tem lugar quando é preciso alegar e provar fato novo, para se chegar ao *quantum debeatur*. Sempre que houver insuficiência de provas na liquidação por artigos, a sentença será de extinção sem julgamento de mérito (diferente do processo de conhecimento, em que a sentença será de improcedência).

- *Liquidação por arbitramento:* não há necessidade de se alegar fato novo, mas apenas de quantificar o que já está expresso, em termos qualitativos, pela sentença. Ex.: alguém danificou determinado bem da pessoa. É preciso, apenas, determinar o valor da indenização. Para isso a lei estabelece que o juiz se valha de um perito.

Tanto na liquidação por artigos quanto na liquidação por arbitramento, teoricamente, é possível chegar à liquidação zero, ou seja, apesar de reconhecido o dever de pagar, em concreto a obrigação não tem valor.

A sentença que a decretar é uma sentença de mérito e, como tal, fará coisa julgada material. Para outra parte da doutrina, se o autor não provar, na liquidação, o *quantum debeatur*, ele pode promover outra liquidação para prová-lo.

O processo de liquidação finda por sentença, que é apelável, sendo recebida somente no efeito devolutivo.

Não se confunde sentença de liquidação, que é apelável, com decisões sobre atualizações de valores, que são agraváveis.

Na liquidação, é vedado discutir novamente a lide. É a regra da fidelidade da liquidação ao título executivo (art. 610 do CPC).

A liquidação precisa respeitar a coisa julgada e a eficácia preclusiva da coisa julgada.

4. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

Inicialmente, é necessário distinguirmos débito de responsabilidade. No débito, o sujeito deve, sendo ele o titular da obrigação de pagar. Na responsabilidade, a pessoa responde, com o seu patrimônio, pelo pagamento do débito.

Em 99% das vezes, quem possui o débito possui também a responsabilidade, porém, em 1% dos casos ocorre de a pessoa ter o débito, mas não ter a responsabilidade. Ex.: devedor de jogo – a pessoa tem o débito, mas não existe uma forma de acioná-lo judicialmente, visto que o objeto é ilícito, causando a carência da ação. Outro exemplo é a dívida prescrita.

Outra situação se dá quando a pessoa não tem o débito, mas tem a responsabilidade. Ex.: fiança – contrato pelo qual alguém sujeita seu patrimônio a uma dívida que não é sua.

Para a execução, só pode ser sujeito passivo quem tem o débito, porém, a execução admite que a ação recaia sobre o patrimônio de quem tem a responsabilidade, mesmo que essa pessoa não seja o titular do débito. Ex.: empresa fantasma – o sócio abre uma empresa com amigos e faz empréstimos em um determinado banco em nome da empresa, não investindo o dinheiro, adquirido pelos empréstimos, na empresa, apesar de o empréstimo ter esta finalidade. Quando da execução, o juiz percebe que a empresa não possui nada em seu nome e desconfia da fraude. O juiz pode decretar a desconsideração da personalidade jurídica da empresa e penhorar os bens dos sócios, mesmo que eles não integrem o pólo passivo da relação jurídica (banco x empresa). Caso os sócios queiram contestar essa decisão do juiz, podem opor embargos de terceiros (seria esse o recurso, pelo fato de os sócios não fazerem parte do pólo passivo da relação), argumentando a inexistência de fraude na relação, o que obrigaria o juiz a se estender um pouco mais no estudo da eventual fraude.

Indaga-se: um dos cônjuges contrai uma dívida (emite uma promissória) sem a assinatura do título pelo outro cônjuge. Nesse caso, o cônjuge que não assinou o título responde pela dívida contraída pelo outro? Depende. Se a dívida beneficiar apenas o cônjuge que contraiu a dívida, o outro não

responderá. Por outro lado, se a dívida contraída pelo cônjuge for revertida em proveito da família, então o outro responderá por ela também, e aqui encontramos uma presunção relativa de que qualquer dívida, contraída por um dos cônjuges, beneficia aos dois. Nesse caso, o outro cônjuge tem que provar que não adquiriu nenhum benefício proveniente da dívida, ou seja, o ônus da prova é do cônjuge que não contraiu dívida nenhuma. Existem duas exceções a essa regra. Importante ressaltar que as regras dispostas a seguir valem para qualquer regime de bens:

- Dívida de aval: se um dos cônjuges der o seu aval, apenas os bens dele respondem pela obrigação assumida. Diferentemente da fiança, que obriga a existência da outorga uxória.
- Dívida decorrente de ato ilícito.

Conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no caso de um dos cônjuges ser acionado pelo banco, o outro cônjuge, apesar de não ser devedor, pode escolher qual embargo prefere opor: se embargos de devedor (caso queira discutir a dívida) ou embargos de terceiro (caso queira livrar os seus bens). No caso do cônjuge preferir opor embargos de devedor, surge uma situação de legitimação extraordinária ou substituição processual oriunda da jurisprudência, não da lei, que é a regra.

Existem duas formas para calcular a meação:

- Soma de todos os bens em dinheiro e divisão pela metade.
- Cálculo global: calcula-se bem a bem, dividindo-se o valor de cada um pela metade.

O cálculo admitido pela doutrina e a jurisprudência é o global.

No caso de dívida contraída por um cônjuge, que não reverteu para a família, o bem vai inteiro a hasta pública e a metade é devolvida ao outro cônjuge, sem prejuízo. Nesse caso, quando a penhora recair sobre bem imóvel, o outro cônjuge tem que ser citado– ato que abre o prazo para o outro cônjuge opor embargos de terceiro.

Outra situação interessante sobre responsabilidade patrimonial é a fraude na execução, que ocorre quando a pessoa do devedor vende bens e fica insolvente. A fraude aqui é mais grave, porque já existe a demanda contra ele.

Para a caracterização da fraude na execução, é necessário o preenchimento de dois requisitos: alienação de bens e insolvência na execução. Para que haja esse tipo de fraude, é preciso que o devedor efetue a alienação dos bens a partir da citação do processo de conhecimento; mas o juiz do conhecimento não pode decretar a citada fraude, visto que o devedor pode repor o bem que alienou. A fraude à execução só pode ser decretada na fase de execução, quando finda a possibilidade de o devedor voltar a ser solvente.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Processo de Execução

1. PRINCÍPIOS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

1.1. Princípio da Máxima Utilidade da Execução

De acordo com esse princípio, o processo de execução tem que ser extremamente proveitoso ao credor, o mais próximo do que ele teria caso não houvesse ocorrido transgressão ao seu direito. O princípio em questão é um corolário do princípio da máxima utilidade da atuação jurisdicional. A relevância, porém, é muito maior no processo de execução, na medida em que o processo de execução é instrumento do processo de conhecimento e visa assegurar o "bem da vida" ao credor, por meio de resultados materiais. É necessária a mudança da realidade, fazendo surgir situação concreta e muito aproximada ao cumprimento espontâneo por parte do devedor. Para tal, a celeridade e o rigor dos atos são fundamentais.

Entre as medidas necessárias para albergar os princípios em questão temos:

- aplicação de multa diária na execução das obrigações de fazer e não fazer (*astreintes*);
- execução provisória;
- a antecipação da tutela para garantir o resultado do processo executório (arts. 273 e 461 do CPC);
- sanção ao devedor desleal (arts. 600 e 601 do CPC);

- arresto de bens do devedor não localizado (art. 653 do CPC).

1.2. Princípio do Menor Sacrifício do Executado

O caminho buscado deverá ser sempre o menos oneroso para o devedor. O próprio art. 620 determina: “quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

É importante ressaltarmos que não se busca sanção ao devedor, mas sim a satisfação ao credor. Deve haver uma proporcionalidade, pois sempre que houver necessidade de sacrifício, deverá ser no limite do necessário.

Temos como efeitos:

- direito do devedor nomear bens à penhora;
- direito do devedor de pedir a substituição do bem penhorado por dinheiro (art. 668, do CPC);
- direito do devedor de remanescer como depositário de seus bens penhorados (art. 666, do CPC);
- proibição da arrematação de bens do devedor por preço vil (art. 692, do CPC);
- impenhorabilidade de alguns bens do devedor (arts. 649 e 650 do CPC e Lei n. 8.009/90).

1.3. Princípio do Contraditório

Não é somente o credor quem participa do processo de execução, pois o texto constitucional garante a ampla defesa e o contraditório em todas as fases processuais (art. 5.º, LIV e LV, da CF). Aliás, o contraditório é inerente ao processo. Ademais, o princípio do menor sacrifício implica no contraditório.

2. CLASSIFICAÇÃO DAS ESPÉCIES DE EXECUÇÃO

2.1. Execução por Quantia Certa

Divide-se, conforme a situação econômica do devedor em:

- execução por quantia certa contra devedor solvente;
- execução por quantia certa contra devedor insolvente.

São tipos de execução por expropriação.

Pelas dívidas, responde o patrimônio do devedor. A expropriação começa com o ato de penhora, sendo que o devedor poderá ficar como depositário. Mais tarde, o bem será alienado para pagar o credor.

Pode o credor satisfazer o crédito com o próprio bem penhorado, ocorrendo a adjudicação. Nesse caso, não há outras pessoas interessadas.

O credor também pode arrematar o bem, porém concorrerá com os demais interessados.

A execução contra devedor insolvente é universal. Todos os credores vão para o juízo universal e, ao invés da penhora, ocorre a arrecadação, que é a expropriação de todo o patrimônio do devedor.

P.: Cabe execução por quantia certa com penhora dos bens da Fazenda Pública?

R.: Não. Porque esse tipo de execução leva à expropriação, e o bem da Fazenda Pública não pode ser expropriado (arts. 730 e ss. do CPC).

Bem de Família não é penhorável, nem expropriável.

A expropriação não possui todos os elementos; tem coisa, preço, mas não há o consenso, diferentemente da compra e venda, que possui todos os elementos, ou seja, a coisa, o preço e o consenso.

2.2. Execução para Entrega de Coisa

Divide-se em:

- execução para entrega de coisa certa;
- execução para entrega de coisa incerta.

São execuções por desapossamento. Na realidade, por ser a liquidez um dos requisitos do título para a execução, somente a execução para entrega de coisa é por desapossamento (arts. 621 e ss. do CPC).

O desapossamento cabe contra a Fazenda Pública. Pode ser a obrigação de entregar a coisa que o juiz entendeu que não pertence à Fazenda Pública, mas ao exeqüente (art. 730 do CPC). A execução contra a Fazenda é por quantia.

2.3. Execução das Obrigações de Fazer e Não Fazer

É uma execução por transformação.

A execução pode ser classificada em :

- expropriação;
- desapossamento;
- transformação.

A execução pode ser, ainda:

- definitiva;
- provisória.

Será definitiva quando fundada em título executivo extrajudicial ou judicial, consistente em sentença transitada em julgado (não cabe mais recurso).

Será provisória quando fundada em sentença sujeita a recurso, ou de decisões de antecipação de tutela. É regida por certos princípios constantes no art. 588 do Código de Processo Civil:

- *A execução corre por conta e risco do exeqüente, que se obriga a prestar caução.* Para a jurisprudência, a caução não é requisito para instaurar a execução, ou seja, não é exigível desde logo, só o será quando houver um risco de dano ou de expropriação.

- *Não podem ser praticados atos que importem em alienação de domínio.* Na provisória, nem com caução se pode alienar.

- *Não pode haver levantamento de depósito em dinheiro sem prestação de caução idônea.* Às vezes, faz-se penhora de dinheiro ou o devedor o deposita. Se tiver dinheiro depositado, poderá levantar desde que preste caução idônea.

- *Se a decisão exeqüenda for reformada, volta-se ao estado anterior e ficam sem efeitos os atos praticados.* Se já havia penhora, desfaz-se. Alienação de domínio, tratando-se de imóvel – quando expedida a carta de arrematação, será levada para registro.

A execução provisória ocorre por meio de Carta de Sentença.

Se a execução for definitiva, se houver embargos do devedor e esses forem rejeitados, a execução prosseguirá, porque a apelação só tem efeito devolutivo(art. 520 do CPC). Nesse caso, há controvérsia. A jurisprudência dominante (STJ) diz que a execução prossegue como definitiva; o que começa definitivo, termina como definitivo. Já a doutrina (GRECO FILHO) diz que a execução se torna provisória enquanto pendente o recurso de apelação.

Não se aplica duplo grau na rejeição dos embargos.

A execução começa por iniciativa da parte, do credor, que pode desistir total ou parcialmente da execução.

P.: Algumas providências podem ser dadas de ofício?

R.: Não, porque a execução é feita pela iniciativa da parte.

Momentos em que a desistência pode ocorrer:

- *Até a oposição de embargos, a desistência é livre pelo exeqüente*: Desistência no processo de conhecimento. O autor pode desistir livremente até a citação; na verdade, pode alterar a causa de pedir até a citação, mas a desistência até decorrer o prazo para a defesa. O executado se opõe à execução por meio de uma ação (embargos);
- *Após a oposição de embargos*: Se os embargos versarem apenas sobre matéria processual, o exeqüente poderá desistir, desde que pague os honorários do advogado do executado. Se os embargos versarem sobre matéria de mérito, a extinção da execução por desistência não impedirá o prosseguimento dos embargos como ação autônoma para declarar a inexistência da obrigação ou para desconstituir o título. Exemplo: Numa execução foi proposta a ação de embargos, em que o embargante declara não existir o débito. O autor da execução desiste. Mesmo que haja desistência, os embargos prosseguirão para declarar a inexistência da obrigação ou para desconstituir o título.

O mérito da execução é julgado nos embargos que têm natureza de ação de conhecimento. No processo de conhecimento, o Juiz profere uma sentença, enquanto no processo de execução, a sentença apenas põe fim ao processo, não julga o pedido.

Na execução, pode-se alegar o pagamento, mesmo não sendo nos embargos, desde que haja prova; porém, deve-se garantir o Juízo. É a chamada exceção de pré-executabilidade.

A desistência não se confunde com a renúncia ao crédito. A renúncia é desistir do direito material, enquanto a desistência refere-se aos atos do processo.

A execução é feita em proveito do credor, porém deverá ser feita de forma menos gravosa para o devedor (v. art. 620 do CPC), desde que não prejudique a satisfação do credor.

Na Justiça do Trabalho, quando se penhorava linha telefônica, essa era desligada. Feita a penhora, o devedor ficava como depositário do bem até que houvesse a desapropriação. Mas, às vezes, o juiz oficiava para que a linha fosse desligada – se não fosse feito o pagamento, perdia-se a linha, não tendo dessa forma como garantir o Juízo. Então, defendeu-se que se o devedor pagava as contas, continuaria a fazê-lo. É nesse sentido que se deve fazer a execução de forma menos gravosa, ficando, dessa forma, o devedor como depositário, usufruindo do bem penhorado.

3. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE

3.1. Fase Inicial

3.1.1. Introdução

A abordagem desta forma de execução deve ser bastante criteriosa, já que a mesma serve como substrato para as demais formas de execução. Ademais, tem mais incidência prática.

3.1.2. Estrutura procedimental

Há uma rigidez nos procedimentos executivos aqui retratados. Temos uma fase inicial, uma fase preparatória e uma fase final.

A fase inicial engloba a petição inicial, citação, arresto e nomeação de bens à penhora.

A fase preparatória engloba a penhora, o momento para embargos, a avaliação dos bens e atos preparatórios à satisfação.

A fase final abarca a expropriação ou remição, a satisfação do credor e a extinção da execução.

3.1.3. Petição inicial

O processo de execução é um processo autônomo em que deve haver petição inicial. Pode tramitar nos próprios autos do processo de conhecimento, que, nesse caso, ocasionará a instrumentalização de dois processos distintos e sucessivos nos mesmos autos.

A inicial do processo de execução é similar à do processo de conhecimento, com os mesmos requisitos e pressupostos. Deve ser formulado um pedido mediato e um pedido imediato, que é a própria execução. Deve haver correlação entre a causa de pedir e o pedido.

3.1.4. Efeitos e prescrição

Ao processo de execução, aplicamos os mesmos dispositivos e efeitos do processo de conhecimento a que se refere o art. 219 do Código de Processo Civil. Dessa forma, fazemos remição à análise daquela matéria já tratada.

O prazo prescricional da pretensão executiva pode variar, dependendo se o título executivo for judicial ou extrajudicial. Sendo o título executivo extrajudicial, afora as espécies específicas, aplicamos o art. 177 do Código de Processo Civil .

Já os títulos executivos judiciais prescrevem em vinte anos. Temos a Súmula n. 150 do Supremo Tribunal Federal, que determina que a execução prescreve no mesmo prazo da ação de conhecimento, bastando verificar hipótese por hipótese para quantificarmos.

3.1.5. Citação e efeitos

A citação normalmente deve ocorrer por mandado, mas poderá ocorrer por edital, desde que o executado não seja localizado e todas as providências sejam tomadas. Não cabe citação postal, e nem citação por hora certa.

Uma vez citado, o devedor deverá pagar em 24 horas, sob pena de penhora, sob pena de o Oficial de Justiça definir os bens a serem penhorados. Aqui não há defesa, mas sim um prazo para o devedor cumprir voluntariamente a obrigação. O prazo é de 24 horas e não de um dia, pois contamos em minutos. Assim, se o réu for citado às 13:05 horas, terá até às 13:05 horas do dia seguinte para nomear bens à penhora e não até o final do dia, pois o prazo não é contado em dias, como já falamos. Por isso, o Oficial

deve mencionar o horário em que efetuou a citação. Caso o Oficial de Justiça não certifique o horário, o prazo correrá até o final do dia seguinte.

Havendo vários devedores, o prazo é independente para cada um, não existindo a prerrogativa de se aguardar que o último seja citado.

3.2. Penhora

A execução por quantia só termina com expropriação, adjudicação, usufruto de emprego de imóvel, arrematação..

Pode ser contra devedor solvente de singular e também pode haver execução por quantia certa contra devedor insolvente, que é a execução universal por concurso de credores.

Execução contra devedor solvente = execução singular.

Execução contra devedor insolvente = execução universal.

Concurso de credores:

- Execução contra devedor insolvente.
- Execução individual.

A penhora estabelece preferência sobre produto da alienação.

Execução por quantia certa contra devedor solvente começa com a apresentação de memória de cálculo, que é um demonstrativo (arts. 604 e 614 do CPC).

O credor pede que o réu seja citado para pagar ou nomear bens à penhora em vinte e quatro horas, sob pena de ter tantos bens penhorados quanto bastem para satisfazer o crédito.

O pedido é que sejam praticados atos de invasão da esfera do patrimônio do devedor até a satisfação integral do credor.

A forma da citação, em regra, é pessoal, feita por Oficial de Justiça em cumprimento de mandado. Não cabe citação por via postal, nem citação com hora certa. A execução fiscal pode ser por via postal.

P.: Cabe citação por hora certa em execução?

R.: Uma súmula do Superior Tribunal de Justiça diz que cabe nomeação de curador especial que foi citado ficticiamente, com hora certa na execução. Então, para alguns cabe, mas na execução por quantia não..

De um modo geral, não cabe citação por hora certa em execução, mas considerando a súmula que determina a nomeação de curador especial ao réu revel citado ficticiamente, admite-se eventualmente a citação com hora certa em obrigação de fazer e não fazer.

Quando da entrega da coisa, se o devedor está se ocultando, o juiz, em se tratando de bem imóvel, determina a imissão na posse, e se for móvel, determina a busca e apreensão do bem.

Na execução por quantia, se o Oficial não encontra o devedor, mas localiza o seu patrimônio, ele deverá proceder ao arresto (art. 653 do CPC).

Arresto, genericamente, é um ato de apreensão de patrimônio do devedor. Todo arresto se converte em penhora. A rigor, o arresto é uma pré-penhora porque, dando tudo certo, converte-se em penhora.

Para a doutrina dominante, o arresto tem natureza executiva, ou seja, não tem natureza cautelar (art. 653 do CPC). Para VICENTE GRECO, é cautelar. Atenção, o arresto não se confunde com a ação cautelar de arresto (arts. 813 e ss. do CPC), que dá início a um processo cautelar e que tem como requisitos *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Arresto, mesmo com natureza cautelar, está no processo de execução. A ação cautelar termina com sentença e depois virá o processo de execução.

Todo ato de apreensão só se complementa com o depósito, portanto, a penhora só se aperfeiçoa com a apreensão e o depósito.

Se o devedor se recusar a ser depositário, nomeia-se o credor, porém o devedor terá que sair da posse.

Feito o arresto, deverá haver uma nova tentativa de localização e citação pessoal do réu. Não sendo possível, terá lugar a citação por edital (art. 653 do CPC), sendo que, nessa ocasião, faz-se a citação e a conversão do arresto em penhora.

A jurisprudência majoritária, Superior Tribunal de Justiça inclusive, exige a publicação de um novo edital para que seja feita a intimação da penhora.

Aplicam-se ao arresto as regras da penhora. Não se faz penhora se essa não cobrir as despesas, custas. Só se faz o arresto se valer a pena para depois penhorar. Quando não localizados bens do devedor, suspende-se o processo. A citação interrompe a prescrição e retroage ao momento da propositura.

O prazo para opor embargos corre a partir da juntada do mandado de intimação do réu. Se a intimação for feita por edital, no mesmo haverá um prazo, sendo que decorrido esse, inicia-se o prazo para embargar.

A citação por edital pressupõe os meios de citação pessoal. Em relação ao curador especial, essa citação é inválida.

O réu tem o ônus de impugnação especificada (art. 302 do CPC), tal regra não se aplica ao curador e ao Ministério Público.

Não se encontrando o devedor, nem bens penhoráveis ou arrestáveis, suspende-se o processo. Mesmo sem arresto, ocorre a citação por edital.

Ocorre a interrupção da prescrição com a citação, retroagindo à propositura ou com propositura, desde que a citação tenha sido feita conforme o art. 219 do Código de Processo Civil. Não citado o devedor em virtude de não ter sido encontrado, e não havendo bens penhoráveis, não corre a prescrição.

A citação ficta deve ser feita apenas quando o réu não for localizado ou seu paradeiro for desconhecido. A jurisprudência exige primeiramente o esgotamento dos meios de localização pessoal. O esgotamento ocorre no momento do arresto.

Se o executado for localizado, ele será citado e poderá nomear bens à penhora. Penhora é ato de apreensão de patrimônio sujeito à regra de responsabilidade patrimonial. O devedor responde por suas dívidas com seu patrimônio.

Nos casos em que o devedor tenta evitar que a regra de responsabilidade recaia sobre seu patrimônio, está configurada fraude contra credor.

A penhora estabelece um vínculo entre um bem e o processo, conferindo ao credor um direito de preferência sobre o produto da alienação.

Na execução por quantia, ocorre a expropriação e, ao fazê-la com o produto, paga-se o credor. Se várias pessoas penhoram o bem, receberá primeiro quem penhorou primeiro, porém o credor hipotecário terá preferência.

A nomeação de bem à penhora deve obedecer a ordem do art. 655 do Código de Processo Civil , que vai do líquido para o ilíquido.

Art. 655 do Código de Processo Civil : o primeiro bem penhorável é o dinheiro. Posteriormente, as pedras preciosas.

Se o devedor não fizer uma nomeação válida, o credor poderá recusá-la, caso em que o direito passará para ele, o exeqüente.

Compete ao devedor nomear bens à penhora; não o fazendo, caberá ao credor, que vai poder invadir o patrimônio do devedor.

Feita e aceita a nomeação, a penhora é posta a termo e completa-se com o depósito. Por regra, a coisa é depositada em mãos do próprio devedor (art. 620 do CPC).

Se a penhora recair sobre bem imóvel, a lei fala em registro da penhora. Para a doutrina dominante, o registro não é constitutivo da penhora, mas um ônus do exeqüente para dar eficácia *erga omnes*, impedindo embargos de terceiro.

Se sobre o bem penhorado recair garantia real, o credor titular dessa garantia deverá ser intimado da penhora. *Garantia real*: hipoteca, penhor, anticrese (sobre a receita, renda).

O credor não hipotecário pode penhorar bem sobre o qual recaia uma hipoteca, porém deverá intimar o credor hipotecário. Intimado o credor com garantia real, é dominante na jurisprudência de que ele deverá mover a sua

própria execução, sob pena de se extinguir a garantia, dando margem ao devedor opor embargos de devedor.

Se o credor hipotecário não for citado, poderá opor embargos de terceiros.

Não opostos ou rejeitados os embargos do devedor, passa-se à fase de avaliação do bem penhorado.

A avaliação não tem natureza de prova. É um ato preparatório (*prova pericial*: exame, vistoria e avaliação) da expropriação. Por isso, a jurisprudência dominante diz que não se admite assistentes técnicos, pois não é prova pericial.

Quando não se faz a avaliação:

- Quando o credor aceita o valor dado pelo devedor no ato de nomeação (requisito indispensável da nomeação), sob pena de a avaliação ser ineficaz;
- Quando os bens têm cotação em bolsa;
- Quando os bens forem de pequeno valor (ou, na hasta pública, forem vendidos ou não).

Feita a avaliação, pode ser determinada a ampliação ou redução, ou transferência para outros bens da penhora. Nesse momento é que se alega o excesso, insuficiência de penhora.

Excesso de penhora pode ser alegado fora de embargos, no próprio processo de execução. É diferente de execução porque, nessa, cobra-se mais do que o título permite. O excesso de execução (art. 741 c.c. art. 743, CPC) é alegado nos embargos.

Após a avaliação, o juiz designa hasta pública para a alienação.

A hasta pública deve ser precedida, em regra, de publicação de edital (art. 620 do CPC). Quanto mais patrimônio se obtiver na hasta pública, menos gravosa é a execução para o devedor, evitando-se que nova penhora aconteça. Então, quanto mais pessoas estiverem na hasta pública, melhor será para o devedor.

Leilão é para bem móvel e Praça, para bem imóvel. O gênero é hasta pública.

Hasta pública ordinariamente tem duas seções: Na primeira, o bem só poderá ser alienado pelo valor da avaliação, na segunda, por qualquer valor, desde que não seja por preço vil que, conforme a jurisprudência, é relativo. Aceita-se em torno de 60% a 70% para não ser vil, o juiz é quem decidirá.

Na hasta pública, o bem poderá ser arrematado (ato de alienação). Poderá ser arrematado por uma terceira pessoa, ou pelo próprio credor (oferecendo o valor do seu crédito para pagamento). Se o credor arremata e o seu crédito é superior ao valor do bem, ficará com crédito.

Parte da jurisprudência diz que a arrematação pelo credor só pode se dar pelo valor da avaliação (beneficiando o devedor).

Se o bem não for arrematado por falta de licitante, ele poderá ser adjudicado pelo credor; a adjudicação é uma figura análoga à dação em pagamento.

Arrematação: Há licitantes e um deles paga a avaliação; poderá ser o credor.

Adjudicação: Pelo valor da avaliação. Não havendo licitante, ficará com o credor.

A jurisprudência equipara a arrematação pelo credor e a adjudicação. A diferença é que, na primeira, o credor está disputando com outros licitantes.

Alienado o bem em hasta pública pela arrematação, passa-se à entrega do dinheiro, do pagamento ao credor. Nesse momento, poderá ser instaurado o chamado concurso de credores, se mais de um tiver penhorado o mesmo bem.

Concurso de credores: Nesse caso, o devedor é solvente, há mais de um credor que penhorou o bem e é necessário ver quem receberá primeiro (execução singular). É diferente daquele concurso de credores da execução contra devedor insolvente (execução universal, insolvência civil).

Esse concurso se resolve por dois critérios:

- Preferência decorrente de direito material, direito real de garantia geralmente.

Preferência decorrente da propriedade de ordem da penhora, ou seja, quem penhorou primeiro leva. Penhora estabelece direito de preferência, assim, se penhorou primeiro, mas tem credor hipotecário, esse é quem leva primeiro.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Processo de Execução
Execução por Quantia Certa contra Devedor Solvente

1. DEPÓSITO – AVALIAÇÃO – ALIENAÇÃO ANTECIPADA DOS BENS

1.1. Depósito de Bens Penhorados

Depósito é o ato pelo qual alguém se incumbe da conservação e guarda dos bens empenhados. Ocorre a transmissão da posse direta de tais bens, sendo parte constitutiva da penhora.

Não podemos confundir o depósito do Código Civil (art. 1.265) com o depósito processual, pois este tem caráter executivo e é público, não tendo qualquer natureza contratual. Aqui temos uma relação entre o depositário e o Estado, que se torna perfeita no momento em que ocorrem a nomeação e a aceitação da parte.

Depositário é auxiliar do juiz, sendo sua *longa manus*. Conforme dispõe o art. 139 do Código de Processo Civil, passa a ser um auxiliar do juiz. Aliás, o dispositivo processual faz menção expressa ao depositário, para não restar dúvida da inexistência meramente contratual. A partir daí, surgem deveres, direitos e responsabilidades.

No processo de execução, de preferência, deve ser depositário o próprio devedor. Porém tal *munus* pode recair a um terceiro qualquer, inclusive ao credor.

O princípio adotado está no art. 666 do Código de Processo Civil, que estabelece o menor sacrifício, devendo, em princípio, o devedor tornar-se depositário. A jurisprudência oscila na hipótese de o executado recusar o encargo sem justificativa, havendo julgados do Superior Tribunal de Justiça entendendo que ele pode ser compelido, e outros entendendo que ele não pode ser compelido a aceitar o *munus*.

Por outro lado, o credor pode impugnar a designação do devedor como depositário, desde que fundamente tal discordância. O juiz deve, com base no art. 620 do Código de Processo Civil, estabelecer a forma menos gravosa ao devedor.

São credores preferenciais (art. 666):

- o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal, os bancos estaduais ou até os bancos particulares, quando a penhora recair em dinheiro, títulos de crédito, metais preciosos e pedras;
- depositário judicial, se a constrição recair sobre móveis ou imóveis urbanos;
- depositário particular, quando se tratar de bens de quaisquer outras espécies. Aqui, o juiz pode e deve acolher sugestões das partes.

Em algumas situações onerosas é de bom alvitre que o credor se torne depositário, sendo, nessa hipótese, parte e *longa manus* do juiz. O ideal, porém, é que o próprio devedor seja nomeado depositário, porque tem interesse na conservação do bem.

1.2. Obrigações do Depositário

De acordo com o art. 148 do Código de Processo Civil, a guarda e a conservação dos bens penhorados são confiadas ao depositário, salvo se a lei dispuser de outro modo.

O depositário não pode usar nem fruir da coisa conforme desejar. Aliás, o art. 1.500 do Código Civil expressamente determina que o depositário responda pelos prejuízos a que der causa por dolo ou culpa, subjetivamente com base na *lex aquilia* (art. 159 do Código Civil). O credor ou terceiro interessado terá, portanto, legitimidade ativa para propor ação reparatória contra o depositário ou contra o Estado, que é objetivamente o responsável, conforme art. 37, § 6.º, da Constituição Federal. Aliás, o Estado não só é responsável quando o depositário for público, mas também quando for particular, já que o *munus* exercido por ele é público. Alguns doutrinadores entendem que é possível a exclusão estatal, outros entendem que não, no caso de a escolha ser da parte, o que não parece a melhor posição.

Muitas vezes, o depositário tem o dever de administrar, por exemplo, em caso de estabelecimentos comerciais e industriais ou mesmo empresas que são concessionárias de serviços públicos. Aqui, os poderes do depositário são muito amplos, considerada toda a atividade de gestor. Pode ser, inclusive, responsável pela contratação e fiscalização de pessoas. Para isso, o depositário responde *in vigilando* e *in eligendo* na hipótese de dano. Se a contratação for expressamente autorizada pelo juiz, o depositário será responsável pela fiscalização da atuação do preposto.

O depositário tem o dever de entregar o bem depositado assim que for determinado pelo juiz, sob pena de se tornar infiel, gerando até a possibilidade de prisão, conforme art. 5.º, inc. LXVII, da Constituição Federal.

De acordo com a Súmula n. 619 do Supremo Tribunal Federal, “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independentemente da propositura de ação de deposito”, podendo o juiz determinar a entrega do bem no próprio processo de execução. Não há ofensa ao devido processo legal. Ressalte-se que o juiz deve ter o cuidado de ouvir o depositário e produzir prova na própria execução.

Ademais, a não entrega do bem pelo depositário caracteriza crime, conforme o art. 168, § 1.º, e art. 178, ambos do Código Penal.

A lavratura do termo de depósito é fundamental, pois, apesar de não ser nula a penhora, proíbe a imposição dos deveres e penas ao depositário. A advertência ao depositário tem de ser expressa quanto aos seus direitos e obrigações.

O depositário é o titular de ação possessória contra terceiros, inclusive do próprio titular, pois é o possuidor direto da coisa.

O depositário deve receber rendimentos e frutos da coisa e prestar contas ao juiz. As partes, credor e devedor, podem ajuizar prestação de contas contra o depositário.

1.3. Direitos do Depositário

O grande direito do depositário é ser remunerado pelo seu *munus*. Caso o depositário seja público, haverá o pagamento por meio de uma tabela oficial de custas e emolumentos. Se o depositário for particular, o juiz fixará o pagamento de acordo com todo o trabalho que teve o depositário (art. 149 do Código Civil).

Caso o devedor fique como depositário, não deverá ser remunerado, até porque estará sendo beneficiado por isso.

1.4. Avaliação dos Bens

Trata-se de uma perícia em que será definido o valor dos bens penhorados, visando à expropriação de tais bens. É o passo seguinte à decisão dos embargos à execução. Isso porque o processo já foi decidido e o ato seguinte será o da expropriação (art. 680 do Código Civil).

De acordo com o art. 680 do Código de Processo Civil, o juiz nomeará perito para estimar os bens penhorados se não houver na comarca avaliador oficial. O laudo deverá ser apresentado em dez dias.

O juiz pode dispensar a avaliação:

- Se o credor aceitar a estimativa feita pelo devedor na nomeação da penhora (art. 481 do Código de Processo Civil). Obviamente deverá ocorrer uma atualização nos valores.
- Se for título com cotação oficial em bolsa.
- Sendo bens de pequeno valor, em que o custo do trabalho é mais oneroso que o próprio valor da coisa.

O laudo do perito, conforme determina o art. 681 do Código de Processo Civil, como já dissemos, será apresentado em dez dias e conterá a descrição dos bens, características e indicação do estado em que se encontram. Indicará, ainda, o valor dos bens. Também deverá indicar todos os critérios que utilizou para a avaliação.

Haverá em seqüência o contraditório, já que as partes serão instadas a se manifestar sobre a avaliação. As partes, portanto, controlam e apresentam eventuais falhas do laudo. Em seguida, o juiz decidirá fundamentadamente, podendo a parte agravar da decisão.

De acordo com o art. 683 do Código de Processo Civil, a avaliação será repetida:

- quando houver erro ou dolo do avaliador;
- quando houver mudança no valor dos bens;
- quando houver dúvida sobre o valor atribuído ao bem.

1.5. Alienação Antecipada dos Bens Penhorados

A alienação pode ser requerida pelo credor, pelo devedor ou pelo depositário, sempre motivadamente. O juiz deverá se ater ao princípio da máxima utilidade da execução e do menor sacrifício do devedor. Obviamente, o juiz deve sempre ouvir a parte contrária antes, devendo fundamentar a decisão.

É importante ressaltar que a venda antecipada não é cautelar. Antecipa-se a arrematação da coisa, visando à obtenção de dinheiro para satisfação do crédito, que será depositado em guia judicial, não sendo entregue ao credor.

2. ALIENAÇÃO JUDICIAL (ARREMATAÇÃO)

2.1. Expropriação dos Bens Penhorados

Temos aqui a transferência forçada dos bens do devedor, visando à satisfação do credor exeqüente. É muito raro a penhora recair sobre dinheiro, sendo, por isso, necessária a expropriação dos bens do devedor.

O art. 647 do Código de Processo Civil prevê três casos de expropriação:

- alienação de bens do devedor;
- adjudicação em favor do credor;
- usufruto de imóvel ou empresa.

Enquanto, na arrematação, a satisfação é prorrogada para momento posterior, no usufruto e na adjudicação, a satisfação é instantânea. A alienação e a adjudicação geram uma expropriação total da coisa. O usufruto é uma expropriação parcial, já que só os frutos e os rendimentos são expropriados.

2.2. Natureza da Alienação Judicial

A alienação judicial tem natureza pública, sendo um ato de império do Estado, de caráter executivo. O órgão da jurisdição transfere, a título oneroso, o direito do executado para terceiro.

Temos um ato público e de coerção, independentemente da vontade do devedor. O aspecto contratual é subsidiário e ocorre na manifestação expressa

de vontade do arrematante. O negócio é processual, não tem qualquer relação com compra e venda.

2.3. Conceito de Alienação Judicial

Como já dissemos, a alienação judicial é uma coerção estatal executiva, na qual os bens penhorados são transferidos por licitação, o que está a cargo do juízo da execução. Visa, na realidade, à transubstanciação da coisa em dinheiro para satisfação do credor, por meio da obtenção do melhor peço, com a transferência para terceiro.

2.4. Espécies de Hasta Pública

Temos duas espécies de hasta pública:

- *Leilão*: é a hasta pública de todos os bens móveis, exceção feita aos títulos de bolsa de valores (art. 704 do Código de Processo Civil).
- *Praça*: é a hasta pública de todos os bens imóveis (art. 697 do Código de Processo Civil), excepcionando os alienados antecipadamente.

É bom observar que o leilão é dirigido por leiloeiro público, escolhido pelo credor, enquanto a praça é dirigida por oficial porteiro no átrio do Fórum. Na penhora de ações, cuja competência é da Bolsa de Valores, sua arrematação se fará por intermédio de corretores.

2.5. Atos Preparatórios da Arrematação

Temos os seguintes atos:

- *Avaliação*.
- *Publicação de editais*: visa garantir publicidade à hasta pública, para que um maior número de pessoas possam se interessar em arrematar os bens. Sua falta gera nulidade absoluta (art. 694, par. ún., do Código de Processo Civil). O edital deverá conter a descrição detalhada dos bens, a localização e o valor, além do dia, hora e local da hasta pública. Será afixado no átrio do Fórum, onde ficam os editais, e publicado em jornal de ampla circulação, pelo menos cinco dias antes da data convencionada. O credor beneficiário da gratuidade da Justiça pode publicar no órgão oficial. Os bens inferiores a vinte salários mínimos não precisam de publicação de edital.
- *Intimações*: o devedor e todos os credores serão intimados via AR(aviso de recebimento).
- *Intimação do exeqüente*: deve, pelo menos, ser intimado a retirar os editais, não precisando ser intimação específica. Só quando não houver edital é que deverá ser especificamente intimado.

2.6. Legitimidade para Arrematar

Todos os que estão na livre administração dos seus bens são legitimados para arrematar. Não podem arrematar todos aqueles que têm responsabilidades e guardas de bens que lhe são confiados, por exemplo, os tutores e os curadores, os mandatários em bens que devem administrar e alienar, além de,

obviamente, o juiz, o escrivão, o depositário, o avaliador e o oficial de justiça (art. 690, § 1.º, incs. I, II e III, do Código de Processo Civil).

Todos aqueles que não honraram os compromissos no procedimento licitatório de arrematação também estão vedados (art. 695, § 3.º, do Código de Processo Civil).

3. ADJUDICAÇÃO – USUFRUTO EXECUTIVO – ENTREGA DO DINHEIRO

3.1. Adjudicação

É a prerrogativa em que o exeqüente tem de adquirir o bem penhorado, nas hipóteses em que nenhum dos interessados tenha procedido à arrematação em hasta pública.

A adjudicação não poderá ser feita em valor inferior ao da avaliação, e o credor abaterá o montante do seu crédito, portanto, o credor, mediante o instituto da compensação, poderá ter crédito ou débito em relação ao bem. O bem se transfere *in natura* ao credor.

3.2. Legitimidade para Adjudicar

Têm legitimidade para adjudicar:

- o exeqüente;

- o credor com garantia real: são os credores hipotecários, no caso da adjudicação de imóveis- pode também a adjudicação recair sobre móveis, pois aplicamos por analogia ao credor pignoratício;

- outros credores com penhora.

3.3. Condições Objetivas da Adjudicação

- *Hasta pública infrutífera*: deve ter ocorrido leilão ou praça. Com todos os requisitos de validade, porém, sem o comparecimento de licitante interessado em arrematar o bem pelo valor mínimo exigido.

- *Concurso de credores*: há critérios para resolver o concurso. Em primeiro lugar, aquele que oferecer maior valor ao bem. Na igualdade de valor oferecido, o detentor de crédito privilegiado. Tendo os credores o mesmo privilégio (dois créditos trabalhistas), terá preferência aquele que ajuizou a execução em que ocorreu a primeira penhora sobre o bem (temos a preferência processual atribuída pela penhora). Dessa decisão, cabe agravo de instrumento. Alguns chegam a falar que caberia apelação, já que o ato seria uma sentença.

- *Valor não inferior ao da avaliação.*

- *Desnecessidade da exibição da oferta*.

- *Adjudicação e garantia real anterior*.

4. REMIÇÃO DA EXECUÇÃO E REMIÇÃO DOS BENS – SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO

4.1. Remição da Execução

O art. 651 do Código de Processo Civil determina: "antes de arrematados ou adjudicados os bens, pode o devedor, a todo o tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios".

Enquanto o credor pode pagar o preço da avaliação, o devedor terá de pagar o total do crédito, objeto da execução, incluindo todos os acessórios. O devedor, quando citado, é chamado a cumprir sua obrigação, e, não o fazendo 24 horas depois de citado, começam os meios coercitivos. Decorrido esse tempo, também poderá pagar, só que deverá arcar com as conseqüências da mora. Logo, deverá pagar os honorários advocatícios, os juros, a correção monetária e o principal.

4.2. Legitimidade

- devedor;
- qualquer terceiro que se proponha a quitar a dívida, conforme expressamente preceitua o art. 630 e ss. do Código de Processo Civil.

É bom observar que tal ato só pode ser praticado antes da arrematação ou adjudicação. Uma vez assinado o auto, torna-se impossível a remissão da execução.

4.3. Remição dos Bens

É o resgate dos bens penhorados, por pessoas próximas ao devedor na execução, por quantia certa, contra devedor solvente, ou dos bens arrecadados no processo de insolvência.

Visa, mais uma vez, garantir o menor sacrifício do devedor a que se refere o art. 620 do Código de Processo Civil, já que qualquer dos familiares do executado tem poder de impedir que os bens sejam alienados a estranhos. Os familiares podem depositar o valor estimado dos bens, tornando sem efeito a adjudicação ou arrematação.

Conforme o art. 787 do Código de Processo Civil, tal faculdade recai ao cônjuge, aos descendentes e aos ascendentes do devedor.

Como já vimos, o próprio executado não pode remir seus bens, a não ser que pague a integralidade do débito. O rol do art. 787 do Código de Processo Civil é taxativo, e a remição é uma figura excepcional. É óbvio que o companheiro ou a companheira também tem tal prerrogativa, não porque o rol seja exemplificativo, mas sim porque o art. 226, § 3.º, da Constituição Federal dá essa prerrogativa.

Entre as condições objetivas para remição temos o direito que deverá ser exercido entre a arrematação dos bens em hasta pública e a assinatura do auto, e nas demais hipóteses do art. 788 do Código de Processo Civil. Antes da arrematação ou adjudicação, não é possível a remição de bens.

O depósito do valor deverá ser feito junto com o pedido de remição. A pessoa legitimada a remir deve acompanhar o processo expropriatório e não será intimada para remição. Não se pode esquecer de que a remição pode ser parcial. Porém, se todos os bens forem arrematados ou adjudicados, a remição só poderá ser total.

Em igualdade de oferta, sempre terá preferência o cônjuge e, depois, o ascendente e o descendente.

A remição será formalizada por sentença, conforme o art. 790 do Código de Processo Civil. Parte da doutrina diz que é uma decisão interlocutória, passível de agravo. Outros falam em sentença e, portanto, em apelação. O ideal é aplicar o princípio da fungibilidade, admitindo tanto o agravo quanto a apelação. Muitas decisões do Superior Tribunal de Justiça entendem que é apelação, mas admite-se o agravo.

4.4. Suspensão e Extinção da Execução

Por uma questão sistemática, a suspensão e a extinção da execução serão abordadas depois das demais formas de execução, comparativamente às execuções especiais, também adiante, a serem analisadas.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Processo de Execução

1. EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER

1.1. Introdução

Após a reforma processual de 1994, as obrigações de fazer e não fazer ganharam grande flexibilidade e eficiência, pois a tutela da obrigação de fazer e não fazer, do art. 461, do Código de Processo Civil, se tornou bastante ampla. Diz o referido artigo: "Na ação que tem por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação, ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento". Portanto, a obrigação de fazer e não fazer não precisa acontecer só no processo de execução, pode ter lugar já no processo de conhecimento, exatamente para, numa ótica moderna, gerar efetividade processual.

Nem precisaríamos ressaltar que a obrigação de fazer e não fazer envolve toda atividade ou abstenção de atividade que implique conduta de um sujeito de direito. Por óbvio, existem algumas tutelas mandamentais mais eficazes, como o *habeas corpus*, os interditos em geral e o próprio mandado de segurança, que escapam à ótica do art. 632 do Código de Processo Civil.

1.2. Execução da Obrigação de Fazer

1.2.1. Fase Inicial

O título executivo, que enseja a execução, pode ser extrajudicial ou judicial. O substrato da petição inicial é sempre o art. 282 combinado com os arts. 614 e 615 do Código de Processo Civil. O devedor é citado para cumprimento.

O juiz determina a expedição do mandado executivo e estabelece um prazo razoável para cumprimento, desde que o título executivo já não o contenha. O juiz deve fixar uma multa para cada dia do atraso na efetivação da medida. O juiz da execução, de acordo com o par. ún. do art. 644, tem poder para modificar o valor da multa, para gerar eficácia na medida.

A citação deve ser feita por meio de mandado e não pode acontecer via correio com "AR". Por exceção, é possível que seja feita por edital ou por hora certa.

Uma vez ocorrida a citação, pode o executado proceder de algumas maneiras e, dentre elas, a ideal é o cumprimento da obrigação de fazer. Deverá ainda pagar custas, despesas processuais e honorários advocatícios; e o processo será extinto. Ele pode satisfazer a obrigação de fazer e não pagar as despesas e honorários e, nesse caso, será executado por quantia certa. Pode, ainda, o executado, embargar a execução em dez dias da juntada do mandado, suspendendo-seo processo até a decisão dos embargos. Nesse período não pode incidir multa diária. Os embargos rejeitados fazem com que o processo retome seu curso regular. Pode, ainda, não ser cumprida a obrigação e nem serem opostos os embargos. A execução prossegue por meio da incidência da multa diária, salvo se a obrigação se tornar impossível. É necessário, ainda, observar se a obrigação é fungível ou infungível.

1.2.2. Prestação fungível

Caso a obrigação de fazer seja fungível, isto é, substituível por outra da mesma espécie, quantidade e qualidade, o credor poderá escolher pedir o cumprimento da obrigação por um terceiro qualquer– à custa do executado, como já determinava o Código Civilde 1917 – ou a conversão em perdas e danos. Assim como o CC, o Código de Processo Civil, na mesma sintonia, dá ao credor prerrogativa de escolher a prestação que melhor desejar.

A escolha do terceiro deverá se feita por meio de um processo licitatório, por intermédio de conferência pública para escolha do contratante. Esse procedimento é caro e moroso. De acordo com o art. 634 do Código de Processo Civil, o juiz nomeia um perito para avaliar o custo da realização da prestação. É, então, expedido um edital de concorrência com o prazo de 30 dias. A seguir, as propostas são apresentadas, acompanhadas de comprovante de depósito da quantia fixada pelo uiz a título de caução. É marcado um dia, hora e local para abertura das propostas, ocasião em que o juiz escolherá a melhor. Após isso, o credor tem cinco dias para manifestar sua intenção de executar ou mandar executar as obras necessárias à prestação do fato. Caso o credor não proceda pela via anterior, o vencedor da concorrência tem cinco dias para assumir a obrigação, mediante termo no processo, e realizar a prestação, caso contrário perderá a caução, que reverterá em benefício do credor. A coisa é tão complexa, formal, que é de eficácia bastante duvidosa.

1.2.3. Prestação infungível

Tal prestação só pode ser cumprida pelo devedor que não pode ser substituído por terceiro. A obrigação é personalíssima, por exemplo, a de um famoso pianista de tocar numa festa, obrigação essa juridicamente impossível

de ser realizada por outro. Conforme o art. 638 do Código de Processo Civil, só pode haver conversão da hipótese em perdas e danos. Cabe ressaltar que essa conversão se dá somente depois de o devedor ser instado a cumprir a obrigação.

1.3. Execução da Obrigação de Não Fazer

O fundamento dessa obrigação pode ser um título executivo judicial ou extrajudicial. Aqui também , além dos requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil, há a incidência dos arts. 614 e 615 do mesmo dispositivo legal. O devedor é citado e recebe uma ordem para não praticar uma conduta, ou para desfazer aquilo que já fez. Portanto, pode estar na iminência de praticar um ato – o que é raro –,pode estar na circunstância de não praticar algum ato ou pode ser, ainda, que a citação seja para que desfaça atos lesivos já praticados. Por exemplo, pode ser obrigado a não arrancar uma árvore, ou a arrancar uma árvore, que indevidamente plantou próximo ao muro do vizinho. Aqui também incidirá multa diária, eficaz para a hipótese.

Algumas vias podem ocorrer pela postura adotada pelo executado. Em primeiro lugar, pode o executado atender ao mandado, fazer ou deixar de fazer o que lhe for determinado, pagar custas, despesas e honorários e gerar a extinção do processo, com a satisfação integral das obrigações. Caso, simplesmente honre o disposto em mandado, mas não pague as verbas de sucumbência, será processado nos próprios autos por quantia certa. Pode o executado interpor embargos à execução no prazo de dez dias da juntada aos autos do mandado de citação. Isso gera a suspensão da execução até a decisão em primeiro grau de jurisdição. Aqui também não incide a multa. Uma vez julgados os embargos, se não acolhidos, o feito volta a tramitar normalmente. Pode acontecer, ainda, de o executado não cumprir nada e não embargar.

Haverá incidência de multa diária, salvo na hipótese de a obrigação se tornar impossível ou a ordem se tornar ilíquida. O desfazimento do ato pode se dar pelo próprio exeqüente, e as custas correrem por conta do executado, incidindo as regras de execução da obrigação de fazer. Caso a obrigação seja personalíssima, com a incidência de multa diária, ocorre a conversão em perdas e danos e em execução por quantia certa.

1.4. Multa Processual

Como já vimos, o juiz fixa a multa, as famosas *astreintes*, por dia de atraso nas obrigações de fazer ou não fazer. A multa diária é uma forma eficaz de exigir a celeridade da tutela executiva. É uma pressão jurídico- psicológica, chamada por alguns de execução indireta, para satisfazer a obrigação. Ela só é indireta porque independe da vontade do devedor, não sendo propriamente a execução que, essa sim, é exatamente a sanção sem a vontade do devedor. É uma execução por substituição (sub-rogação). Isso porque o órgão estatal satisfaz ele próprio o titular do direito violado.

Ademais, resguarda o poder coercitivo da execução. A ordem estatal já se faz acompanhar da multa diária, prevista ou não no título, pois o juiz da execução ganha poder para fixá-la ou alterá-la, para mais ou para menos.

Nessa linha de raciocínio, é bom deixarmos claro que a coisa julgada do procedimento de conhecimento é baseada na teoria da imprevisão, pois a ocorrência de qualquer mudança na situação de fato, quando da execução, faz com que o juiz da execução ganhe liberdade para alterá-la de ofício. Alguns autores até dizem que nem há coisa julgada quanto à multa diária, pois seria o instrumento da jurisdição, mesmo que componha o pedido do autor.

Apesar de boa parte dos autores entender que o juiz só tem o poder para diminuir a multa, entendemos que ele é livre para majorá-la, já que, como mencionamos acima, é um instrumento da jurisdição. Aliás, se o juiz pode estabelecê-la, por que não pode majorá-la?

Importante também ressaltarmos que o juiz deve ser claro quando vier a fixar a multa, estabelecendo liquidez e certeza da mesma, dentro de um critério de razoabilidade, não só em relação ao *quantum*, mas em relação ao início de sua incidência, sempre considerando caso a caso. O juiz pode até mesmo alterar a multa no próprio trâmite do processo de execução, por um mero incidente de execução a requerimento do executado, ou de ofício.

1.5. Execução da Obrigação de Declaração de Vontade

Estabelece o art. 639 do Código de Processo Civil: "Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível, e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado". Aqui vemos uma fungibilidade de declaração de vontade. Isso porque num primeiro momento tais obrigações são infungíveis, já que ninguém pode, em tese, substituir o declarante da vontade. O que ocorre, na verdade, não é a emissão de declaração de vontade em substituição à do declarante, e sim a obtenção do mesmo resultado por outra via. É uma nova situação jurídica com o efeito do que, na verdade, se pretende de um ato personalíssimo. É exatamente a hipótese da adjudicação compulsória. O juiz não emite a vontade no lugar do obrigado, mas simplesmente faz com que os mesmos efeitos ocorram. Aliás, tudo isso independe de um processo de execução, já que a decisão tem força executiva, e não há execução porque não há título executivo. É por isso que a melhor doutrina entende que se trata de uma tutela executiva *lato sensu*.

Há quem entenda que a tutela é constitutiva, pois cria um novo estado jurídico. Não é condenatória porque não há prestação para o réu, sendo que esse apenas suporta os efeitos da sentença. No nosso entender é melhor considerar uma tutela autônoma, não constitutiva, porque a parte pode fazer com que a medida perca seu objeto com a prática de ato jurídico antes do trânsito em julgado da sentença.

2. TUTELA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER (art. 461, CPC)

2.1. Introdução

A tutela das obrigações de fazer e não fazer não é uma das espécies do processo de execução. É uma figura híbrida, já que tem elementos do processo de conhecimento e elementos do processo de execução. Temos atos executivos e atos mandamentais.

2.2. Natureza da Sentença

Já vimos as sentenças meramente declaratórias, as constitutivas e as condenatórias. As primeiras tratam da existência ou inexistência de uma relação jurídica ou de um fato; as segundas dão atuação ao direito, constituindo ou desconstituindo uma relação jurídica; já as terceiras implicam em sanção e formam um título executivo.

Ao lado dessas três, temos as sentenças mandamentais e as executivas *lato sensu*. As sentenças mandamentais impõem uma ordem para o réu, sob pena de coerção, pela multa, prisão civil ou desobediência. A efetividade da tutela está no próprio processo, independentemente do processo de execução. É o caso do mandado de segurança e da manutenção de posse. As executivas *lato sensu* também têm efetividade no próprio processo em que forem proferidas. Diferenciam-se da mandamental, pois não dão uma ordem ao réu, mas uma satisfação automática e independente da vontade do devedor. É o caso da reintegração de posse ou da prestação de contas. Também acontece isso com as obrigações de fazer e não fazer do art. 461 do Código de Processo Civil.

Na tutela da obrigação de fazer e não fazer existe um sistema especial de proteção ao autor, por meio de uma tutela preventiva, a fim de cessar ou inibir lesão ao direito, logo no início. São ordens dadas ao réu para que cumpra o que deve, antes da tutela definitiva. O juiz passa a ter o poder para uma decisão antecipatória ou, na sentença, ordenar providências necessárias à obrigação de fazer e não fazer, sob pena de desobediência.

É bom também ressaltarmos que a tutela específica poderá sempre ser convertida em perdas e danos, a fim de gerar exeqüibilidade (art. 461, § 1.º).

2.3. Eficácia Mandamental

Diz o art. 461, § 3.º, do Código de Processo Civil: "sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente, ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada". Portanto, temos

uma ordem para o demandado, cabendo ao réu cumprir a obrigação de fazer ou não fazer. A ordem estabelecida é distinta daquela da execução da obrigação de fazer ou não fazer, na qual o devedor é citado a fim de satisfazer a prestação e, caso não o faça, um terceiro a cumprirá em seu lugar,ou haverá a geração de perdas e danos. É a última oportunidade antes de o Estado substituir o executado para o cumprimento do bem jurídico estabelecido. Aqui não há ordem para o executado pagar, mas para adotar o comportamento que lhe é imposto. Não é uma oportunidade para cumprir e sim uma ordem para que cumpra.

Determina o § 5.º, do art. 461: "Para efetivação da tutela específica, ou para obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial".

Tudo, portanto, implica em ordem para o demandado, que deve fazer ou não fazer algo, concernente ao "bem da vida" que se pleiteia. O mandamento aqui é diferente do preceito executivo. Lá, o executado é citado para satisfazer a execução, sob pena de perdas e danos ou de realização por terceiros. Ocorre uma sub-rogação por parte do Estado, na constituição do "bem da vida" que se requer. Aqui, o que visamos é o resultado – que só em hipóteses excepcionais será convertido em perdas e danos. O órgão jurisdicional tem amplos poderes para a concepção da tutela específica, mediante conduta do próprio demandado, sob pena de desobediência. Pode haver até prisão penal, em flagrante, do réu desobediente. Não é prisão civil.

2.4. Antecipação de Tutela e Multa Diária

A tutela antecipada, do § 3.º do art. 461 do Código de Processo Civil, é a mesma do art. 273, inc. I, do mesmo diploma, ao determinar: "Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente, ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada".

Conforme o § 4.º: "O juiz, poderá, na hipótese do parágrafo anterior, ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente do pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito".

Tudo isso visa induzir o réu a cumprir a ordem, não havendo nenhum caráter sub-rogatório. O *quantum* será fixado livremente pelo juiz, que deve levar em consideração a suficiência e compatibilidade, sendo passível de reexame em agravo de instrumento. Sendo fixado na sentença, só poderá ser revisto na apelação. O juiz pode modificar a multa, aumentando-a ou diminuindo-a.

A multa é exigível com a preclusão da decisão que a estabeleceu, isto é, com a não interposição de agravo ou de apelação. Alguns autores entendem que incide e é exigível a partir da decisão, não ficando mais sujeita a recurso.

Determina o § 5.º do art. 461 do Código de Processo Civil: "Para a efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício, ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial".

Temos várias condutas sub-rogatórias em relação ao demandado. O juiz ganha amplos poderes coercitivos para que a ordem seja cumprida na obrigação de fazer e não fazer. Ademais, expressões a exemplo de "tais como" ampliam os poderes do juiz, que pode adotar outras medidas úteis, adequadas e proporcionais ao cumprimento da obrigação. As medidas podem ser isoladas ou cumulativas. Por isso é que o provimento é mandamental e executivo *lato sensu*.

Até o resultado prático equivalente deve ser buscado independentemente da participação do réu. Um terceiro pode substituir o réu e fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Ocorre a sub-rogação da conduta do demandado pelo Estado, para alcançar o resultado prático.

Por tudo o que acabamos de falar, é de absoluta excepcionalidade a conversão em perdas e danos, a sua transformação em obrigação de pagar quantia certa. Isso só acontecerá se for impossível a tutela específica. O juiz pode, *ex officio,* converter em perdas e danos, independente da anuência do réu.

A efetividade da sentença, ocorrerá no próprio processo, e isso implica na inexistência de processo executivo, que só ocorrerá na conversão de perdas e danos excepcionais, nas multas e sucumbências em geral.

3. EXECUÇÃO PARA ENTREGA DE COISA CERTA E COISA INCERTA

3.1. Introdução

A tutela dos arts. 621 e ss. do Código de Processo Civil é enorme, pois abrange todas as relações pessoais (entre comprador e devedor) e outras reais (propriedade e direitos reais sobre coisas alheias).

Alguns processualistas entendem que nas relações reais o próprio processo gera efetividade, pois dispensa a execução. Outros falam até que há uma incompatibilidade na execução autônoma. Entendem que uma reivindicatória ou imissiva é executiva *lato sensu*.

3.2. Execução para Entrega de Coisa Certa

A petição inicial deverá conter todos os requisitos do art. 282 mais os requisitos específicos dos arts. 614 e 615, do mesmo título. Em seguida o juiz determinará a citação do devedor para entregar a coisa ou depositá-la em dez dias.

A citação deve ocorrer por mandado, por hora certa ou por edital.

Uma vez citado, o executado pode entregar a coisa; o credor é ouvido, lavra-se o termo e extingue-se a execução, com sentença. Caso haja perdas e danos ou outra sucumbência, prossegue-se a execução por quantia certa. Se ilíquidas as perdas e danos, devem ser primeiro liquidadas.

Pode o executado simplesmente depositar a coisa em Juízo, no prazo de 10 dias. Lavra-se o termo de depósito, e o devedor, em 10 dias, embarga. Com

os embargos, o processo de execução fica suspenso; se julgados improcedentes, a coisa retorna ao exeqüente. Se procedente, o bem será devolvido ao executado, por mandado.

Pode ainda o executado não depositar nem entregar no prazo. Expede-se, por conseguinte, mandado de imissão ou apreensão, dependendo da mobilidade da coisa. Poderá haver concomitantemente uma execução por quantia certa. Após juntado o mandado cumprido, o executado poderá embargar a execução.

Pode acontecer que a coisa litigiosa tenha sido alienada, então, conforme o art. 626, o mandado recairá contra o terceiro adquirente, que somente será ouvido depois de depositá-la. Pouco importa se a alienação aconteceu antes ou depois de instaurada a execução. O terceiro passa a ser responsável e não se torna parte, pois não é o executado. Tanto que o seu instrumento é o embargo de terceiro.

Em outros casos é possível a execução para entrega de coisa ser convertida em execução monetária. Isso poderá acontecer quando o bem se deteriorar, quando não for encontrado ou não for entregue. Deve-se apurar perdas e danos e proceder à liquidação. O próprio credor faz a estimativa e o juiz arbitra. A decisão é agravável.

3.3. Execução para Entrega de Coisa Incerta

Conforme o art. 629 do Código de Processo Civil, tal execução visa a bens determinados pelo gênero e quantidade. A coisa precisa ser individualizada e indicada, porque, conforme regra do Direito Civil, no silêncio compete ao devedor.Esse, aliás, não precisa entregar a melhor, pois somente não pode entregar a pior, o que significa que pode entregar a segunda

pior. A coisa incerta é fungível, já que precisa estar determinada pelo gênero e pela quantidade. Se a coisa for infungível e incerta, a obrigação será inexeqüível.

O devedor será então citado para, em 10 dias entregar a coisa, se lhe couber a escolha; se couber ao exequente, esse a determinará na inicial. Caso o credor individualize a coisa, em sendo prerrogativa do executado, o juiz desconsiderará e citará o executado para que entregue a coisa que lhe aprouver. Caso o credor não individualize, transfere o benefício ao executado. Feita a escolha, cabe a impugnação em 48 horas que, para o executado, flui da juntada do mandado de citação aos autos ou termo certo da citação por edital. Para o exeqüente, as 48 horas fluirão quando seu advogado for intimado da entrega da coisa. Se houver impugnação, o juiz decide, podendo nomear perito. A decisão é agravável.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Processo de Execução

1. EMBARGOS DO DEVEDOR

1.1. Introdução

Os embargos do devedor constituem ação de conhecimento que gera um processo incidental e autônomo com a finalidade de impugnar o título executivo, ocorrendo a suspensão da execução. Por meio deles, o juiz ganha cognição na relação de execução, já que essa, por si mesma, é a aplicação de atividades materiais para sancionar o devedor.

Os embargos do devedor visam garantir a ampla defesa e o contraditório constitucionais por meio de um instrumento dado ao devedor para discutir o mérito do direito do credor, podendo ainda discutir o andamento da execução. Por conseguinte, temos um processo incidental de conhecimento dentro da execução.

1.1.1. Espécies de embargos

- *Embargos de primeira fase*: são os embargos à execução oponíveis após a garantia do Juízo, isto é, após a penhora na execução por quantia certa, ou o depósito na execução para entrega de coisa certa.
- *Embargos de segunda fase*: são os embargos à arrematação e à adjudicação, cabíveis na execução por quantia certa, entre a expropriação

dos penhorados e o encerramento. Ocorre depois de exaurida a faculdade de interposição dos embargos na primeira fase.

Os próprios embargos de execução se dividem em:

- *Embargos á execução por título judicial (art. 741 e ss. do CPC)*: não podem versar sobre matéria objeto do processo de conhecimento, independentemente da coisa julgada. O contraditório e a ampla defesa já foram feitos em procedimento anterior ao título.
- *Embargos à execução por título executivo extrajudicial (art. 745 do CPC)*: aqui podemos versar qualquer matéria de defesa. Isso porque os pontos não foram discutidos sob o crivo do contraditório.

1.2. Condições Objetivas

Tempestividade: o prazo para propositura dos embargos é próprio, gerando preclusão na faculdade de embargar. O prazo é de 10 dias, contados da juntada aos autos da prova da intimação da penhora. Se a intimação for feita por oficial de justiça, o termo corre da juntada, aos autos, do mandado cumprido. Se a intimação ocorrer por edital, o prazo será contado da primeira publicação, expressamente mencionada no edital.

Caso a penhora recaia sobre créditos do executado, para sua perfeição é indispensável a intimação do devedor executado.

Se a penhora é feita mediante precatória, o prazo dos embargos começa a fluir a partir da juntada do mandado de intimação da penhora aos autos da precatória. Caso existam outras matérias a serem decididas pelo Juízo deprecante, o prazo é computado a partir da juntada da precatória aos autos principais.

O prazo, porém, computa-se em dobro, conforme dispõe o art. 191 do Código de Processo Civil, para litigantes com procuradores distintos. Isso, todavia, não se aplica aos embargos– mesmo tendo os executados diferentes procuradores, não sobra o prazo para embargar. Quando proposta a ação de embargos por mais de um devedor, com procuradores diversos, passa, porém, a incidir a regra do art. 191 do Código de Processo Civil, para que falem nos autos ou recorram.

Quando houver vários réus, incidirá também a regra do art. 241, inc. III, do Código de Processo Civil, computando-se o prazo, da data de juntada aos autos do último aviso de recebimento ou mandado citatório cumprido.

São inadmissíveis os embargos antes de o Juízo estar seguro. Isso ocorre por meio da penhora (execução por quantia certa) ou do depósito (execução para entrega de coisa).

1.3. Legitimidade e Intervenção de Terceiros

É parte legítima, para embargar, aquele que se encontra no pólo passivo da execução. Muito se discute se aquele que não figura no pólo passivo da execução ainda assim poderia embargar, sendo o caso do terceiro responsável. Se todo o ato de execução estiver recaindo sobre o patrimônio de um terceiro responsável, o correto, até por uma isonomia constitucional, é que ele possa embargar. Devemos aplicar todas as regras de sub-rogação para a hipótese. Também é bom ressaltarmos que os vários executados solidários podem embargar, ainda que seus bens, especificamente, não tenham sofrido constrição judicial.

No que diz respeito ao cônjuge do executado intimado da penhora, tanto pode opor embargos de terceiro, para defender sua meação, quanto embargos à execução, para discutir a relação processual.

É bom mencionarmos a Súmula n. 196 do STJ que determina: “Ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanece revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos”.

A legitimidade passiva dos embargos está a cargo dos exeqüentes. É bom ressaltarmos que não cabe intervenção de terceiros em embargos do devedor. O que é possível é a assistência nos embargos do devedor, podendo auxiliar tanto o embargante quanto o embargado na obtenção de sentença favorável.

1.4. Competência e Procedimento nos Embargos

Conforme o art. 108 do Código de Processo Civil, sendo um processo incidental ao processo de execução, a competência para seu processamento é a mesma do processo de execução. Apenas devemos ressaltar que, no caso de ser expedida a precatória para penhora de bens em outra Comarca, conforme nova redação do art. 747 do Código de Processo Civil, o Juízo deprecado é o competente para julgamento de embargos que versem sobre a validade de atos por ele praticados, tal como penhora, avaliação e alienação. O Juízo deprecante é que tem competência para as demais matérias da execução.

A petição inicial segue as diretrizes do art. 282 do Código de Processo Civil. O valor da causa não precisa ser o da execução, e o preparo pode ser feito 30 dias depois da ordem que determina o seu pagamento. O indeferimento liminar gera apelação sem efeito suspensivo.

Recebidos os embargos, serão autuados em apenso aos autos do processo de execução. O credor sai intimado para impugnar em 10 dias. Na realidade, temos uma citação, abrindo-se a oportunidade para resposta. Tal ato, porém, poderá ser praticado na pessoa do advogado do exeqüente, mediante publicação no DO.

O efeito da revelia não pode decorrer da ausência de resposta pelo exeqüente, já que existe um título executivo que faz presumir a veracidade do seu conteúdo. O ideal é que isso não seja tomado como uma máxima, já que em certos casos, como os de alguns títulos extrajudiciais, cabe a presunção de verdade pela ausência de resposta.

Quanto ao saneamento do processo, muito embora a lei não diga nada, deve o juiz fazê-lo, determinando a instrução ou o julgamento antecipado da lide. É possível fazê-lo até a designação de audiência de conciliação.

O provimento final do juiz é a sentença, julgando ou não o mérito. O recurso é a apelação, que terá efeito suspensivo no caso da sentença de procedência, e meramente devolutivo, em caso de improcedência ou de serem os embargos rejeitados sem julgamento do mérito.

1.5. Embargos Fundados em Título Judicial

Temos um rol taxativo das hipóteses embargáveis:

- Nulidade ou falta de citação no processo de conhecimento em que ocorreu a revelia.
- Falta de condições da ação executiva (legitimidade das partes, excesso de execução ou inexigibilidade do título).

- Falta de pressupostos do processo de execução (incompetência do Juízo, suspeição e impedimento).
- Nulidades dos atos do processo de execução.
- Causas modificativas, impeditivas e extintivas da obrigação de natureza material.

1.6. Embargos à Adjudicação e à Arrematação

Conforme determina o art. 746 do Código de Processo Civil, pode o devedor oferecer embargos à adjudicação e à arrematação, fundados em nulidades da execução, pagamento, novação, transação ou prescrição, todos supervenientes à penhora. Tal rol não é exaustivo, mas sim exemplificativo, porque todas as hipóteses que gerem vícios supervenientes à penhora podem gerar os embargos.

1.7. Nova Penhora e Embargos

É possível haver alterações na penhora, sendo admissível novo prazo para interposição de embargos, desde que delimitados os aspectos formais. Aliás, todas as questões supervenientes devem ser analisadas, para não ferirem o contraditório e a ampla defesa.

1.8. Efeitos da Interposição dos Embargos

O maior efeito é a suspensão do processo executivo. Tal suspensão pode ser total ou parcial, pois pode atacar parte da dívida ou a dívida toda. Havendo

mais de um executado, os embargos suspendem a execução para todos. Mesmo a caução do credor não retira o caráter suspensivo dos embargos. Porém, como já dissemos, rejeitados os embargos, a apelação não terá efeito suspensivo, se não se tratar de execução provisória.

1.9. Sentença dos Embargos

Sentença que julga improcedentes os embargos à execução é declaratória. Já a que julga procedentes os embargos é declaratória e desconstitutiva do título. Tem, ainda, eficácia mandamental.

Sentença de mérito faz coisa julgada material nos limites dos pedidos e da causa de pedir.

2. EMBARGOS DE TERCEIRO

2.1. Introdução

Os embargos de terceiro são o remédio que terceiros possuem para livrar bens que não pertencem ao devedor do cumprimento de obrigações. Visa, portanto, a proteção da posse e a propriedade de bens de terceiros contra a constrição jurisdicional. É uma ação de conhecimento de caráter possessório, de caráter autônomo, livrando bens da apreensão judicial. É uma tutela autônoma de cognição.

Não é possível confundirmos os embargos de terceiro com os embargos do devedor. Não só são tutelas que ocorrem em momentos distintos, mas também são distintas as suas funções . Os embargos do devedor, como já vimos, visam uma reanálise da relação executiva por aquele que está no pólo passivo. Já os embargos de terceiros são o remédio, utilizado pelo terceiro, para defesa possessória de bens indevidamente atingidos pela execução.

2.2. Cabimento

Duas são as funções dos embargos de terceiro:

"Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer que lhe sejam manutenidos ou restituídos por meio de embargos.

§ 1.º - Os embargos podem ser de terceiro senhor possuidor, ou apenas possuidor.

§ 2.º - Equipara-se a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não podem ser cingidos pela apreensão judicial.

§ 3.º - Considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação".

A enumeração do art. 1.046 do Código de Processo Civil é exemplificativa. Temos outras hipóteses, como o usufruto forçado ou a própria reintegração de posse. Os embargos de terceiro são instrumentos de defesa da posse contra atos ofensivos praticados por órgãos jurisdicionais e, por isso,

guardam tamanha simetria com as ações possessórias– envolvem situações de esbulho ou ameaça provenientes de atos judiciais. Toda e qualquer ilegítima constrição judicial ofensiva à posse será passível de embargos de terceiro. A única diferença é que os embargos de terceiro também protegem a propriedade. O titular, porém, terá que ser proprietário e possuidor, ainda que seja de mera posse indireta.

Uma das matérias de defesa do embargado será a fraude à execução, podendo o juiz, liminarmente, reconhecer a ineficácia da alienação. De acordo com a Súmula n. 195 do STJ, porém, a fraude contra credores não poderá ser alegada contra o embargado nos embargos de terceiros, já que o seu conhecimento exige ação cognitiva especifica, ação pauliana, não podendo ter uma análise meramente incidental.

"Admitem-se ainda embargos de terceiro:

I – para a defesa da posse, quando nas ações de divisão ou de demarcação for o imóvel sujeito a atos materiais, preparatórios ou definitivos, da partilha ou da fixação de muros;

II – para o credor com garantia real obstar alienação judicial do objeto da hipoteca, penhor ou anticrese".

O terceiro credor pode se valer dos embargos de terceiro quando titular de garantia real. É óbvio que esse credor deve ser intimado da penhora e da hasta pública. Os embargos de terceiro, portanto, visam que o credor possa sobrestar o andamento do processo executivo quando não for intimado, ensejando a repetição dos atos.

2.3. Legitimidade

2.3.1. Legitimidade ativa

Como já dissemos, o autor é um terceiro qualquer estranho ao processo de execução. Não é o caso de terceiro que entenda ser o responsável pelo débito. Nesse caso, cabe embargos do devedor. É o terceiro, estranho à dívida, que tem um bem seu constritado. Portanto, se o terceiro é responsável, embarga como devedor; se não é responsável,embarga como terceiro.

Na hipótese de fraude à execução, a alienação é tida por ineficaz, cabendo ao terceiro embargar como terceiro para demonstrar que não ocorreu a fraude. É o caso do cônjuge do devedor que, para defender seus bens, pode embargar como terceiro (Súmula n. 134 do STJ). Caso seja intimado da penhora ou figure na execução, ainda pode embargar a própria execução. Caso bem diverso daquele em que o próprio devedor é o penhorado – aqui o remédio são os embargos do devedor e não embargos de terceiro.

Também temos a Súmula n. 84 do STJ que determina que “é admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advindas do compromisso de compra e venda, ainda que desprovida do registro”. A mulher separada judicialmente também pode interpor embargos de terceiro para defender bens que lhe couberam na partilha. Como já dissemos, é indispensável a posse da coisa.

2.3.2. Legitimado passivo

Normalmente, é aquele que figura como autor no processo em que ocorreu a constrição judicial. Caso o bem tenha sido nomeado à penhora pelo

devedor, há litisconsórcio passivo necessário entre esse e o exeqüente. Pode ainda o devedor figurar como assistente do embargado. Alguns autores também defendem a possibilidade de outras formas de intervenção de terceiros. Difícil concordarmos com essa tese ante a limitada cognição e a sumariedade do rito nos embargos de terceiro.

2.4. Propositura

É muito elástica a propositura, já que os embargos podem ser propostos, a qualquer tempo, enquanto não transitada a sentença (art. 1.048, 1.ª parte, do CPC). No processo de execução, a propositura pode ocorrer até cinco dias depois da adjudicação, arrematação ou remição, porém sempre antes da respectiva carta (art. 1.048, 2.ª parte, Código de Processo Civil). Para outras hipóteses, não previstas, basta aplicarmos a analogia, pois o termo final será sempre cinco dias depois da transferência do domínio da posse do embargante.

Ainda existe o problema da definição do prazo para propositura dos embargos em face da reintegração de posse. Se a reintegração ocorreu na interlocutória, o terceiro tem até o trânsito em julgado da sentença. Se a reintegração é determinada na sentença final e efetivada depois do trânsito em julgado, temos o prazo de cinco dias, contados da sua efetivação, para propositura dos embargos.

É bom ressaltarmos que, mesmo antes da constrição judicial, cabe embargos de terceiro como se fosse um interdito proibitório.

2.4.1. Competência

Os embargos de terceiros são conexos com o processo em que houve a constrição judicial e, por isso, o art. 1.049 do Código de Processo Civil determina a distribuição por dependência.

Se a constrição judicial for feita mediante precatória, será competente o Juízo que determinou a apreensão do bem. Se a carta já foi encaminhada ao Juízo deprecado, o Juízo deprecante será competente para processamento dos embargos de terceiro. Se a precatória, porém, foi expedida com requisição genérica para citação e penhora, será o Juízo deprecado o competente para julgar os embargos de terceiro. Devemos aplicar, por analogia, o art. 747 do Código de Processo Civil, que envolve Juízo deprecante e deprecado.

O art. 1.213 autoriza que as cartas precatórias da Justiça Federal sejam cumpridas pela Justiça Estadual nas comarcas em que aquela não tiver sede. Nesse caso, porém, a Justiça Federal deprecante será sempre competente para julgar seus próprios embargos. O Juiz Estadual só deve julgar embargos de terceiro, de competência federal, nas matérias em que tenha competência no processo principal. Se o autor dos embargos de terceiro, porém, for a União, autarquia federal ou empresa pública federal, tal fato deslocará a competência da Justiça Estadual para a Federal, não só quanto aos embargos, mas também quanto ao próprio processo principal.

2.5. Efeitos do Recebimento

Conforme estabelece o art. 1.052 do Código de Processo Civil, o juiz determinará a suspensão parcial ou total do curso do processo principal, conforme os embargos de terceiro versem total ou parcialmente sobre bens objeto daquele. A suspensão, portanto, só ocorrerá se houver recebimento, pois

se houver rejeição liminar, o processo principal correrá normalmente. É uma automática conseqüência do despacho judicial.

Tal regra se aplica a todas as hipóteses, mesmo aos casos em que exista supostamente fraude à execução. O juiz precisa de maior cognição para verificar, nos embargos, se ocorreu ou não fraude à execução. A ocorrência ofenderia as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

2.6. Procedimento

Na petição inicial, devem ser observados os requisitos dos arts. 282 e 1.050 do Código de Processo Civil. O autor indicará a qualidade de possuidor e de terceiro e, na hipótese de designação de audiência preliminar, apresentará testemunhas. Caso o juiz extinga o processo liminarmente, cabe apelação com efeito suspensivo. Nesse caso, porém, ela denada adiantará, já que a constrição judicial prosseguirá normalmente.

O juiz apreciará, então, se deve ou não conceder liminar, de reintegração ou manutenção de posse, e expedirá mandado. O embargante só receberá os bens depois de prestar caução com seus rendimentos, e tal caução só cabe na reintegração, pois, na manutenção, a parte já está com os bens. Como já dissemos, pode ocorrer na audiência de justificação; concedendo ou não na audiência, cabe agravo de instrumento.

O embargado será citado pessoalmente, e não por meio do seu advogado, e terá o prazo de 10 dias para contestar. Na resposta, poderá alegar qualquer matéria de defesa, respeitada a limitação cognitiva dos embargos. Também ocorrerão os efeitos da revelia, se não houver resposta. No mais, segue o procedimento das cautelares. Não havendo contestação, o juiz decidirá em cinco dias; em caso contrário, abrirá para produção de provas. A sentença de

mérito é apelável, com efeito suspensivo, de forma que o processo e a constrição dos bens remanescerão suspensos até a decisão do recurso.

3. EXECUÇÃO CONTRA DEVEDOR INSOLVENTE (PANORAMA GERAL)

3.1. Introdução

A execução por quantia certa contra devedor insolvente é o processo de execução que procura proteger o credor do devedor não comerciante, aquele que não tem bens suficientes para responder por suas dívidas. É uma falência civil, muito embora tal nomenclatura só sirva para ilustrar, já que nada tem a ver com a falência. Tal processo não é mero incidente de concurso singular de credores; ele é sempre precedido de sentença judicial na qual se reconhece a insolvência do devedor, submetendo-o a novo regime jurídico. Sempre é precedido, portanto, de processo de cognição para verificar a situação patrimonial do devedor.

Tem como características:

- todos os bens presentes e futuros do patrimônio do devedor estarão disponibilizados para cumprimento da obrigação;
- surge uma universalidade da execução a partir da arrecadação de todos os bens, para satisfazer, na medida do possível, o crédito;

- até a declaração de insolvência, é imprescindível a apresentação de título judicial ou extrajudicial;
- o estado econômico é de insolvência, sendo indispensável para que ocorra a declaração judicial da execução universal.

3.1.1. Legitimidade

Podem requerer a insolvência:

- o devedor ou seu espólio, por meio do inventariante;
- o credor com título executivo.

3.1.2. Competência

O local de domicílio do devedor é o competente para ajuizar o pedido de declaração de insolvência e processar a execução universal que lhe segue.

3.2. Sentença Declaratória de Insolvência

É uma sentença, com eficácia declaratória, que reconhece a situação jurídico-econômica de insolvência. Tem duas funções: põe termo à verificação de insolvência e instaura a execução universal.

4. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Fazenda Pública engloba a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Autarquias e Fundações Públicas.

Pode haver execução contra a Fazenda Pública com base em título executivo extrajudicial.

A Fazenda Pública é citada para, em 10 dias, oferecer embargos. Se opuser embargos julgados improcedentes, haverá a necessidade do reexame necessário.

Em caso de embargos não interpostos, ou interpostos mas julgados improcedentes em definitivo, o juiz, por intermédio do presidente do Tribunal, requisita o pagamento por meio de precatório.

Se a dívida tem natureza alimentar, é preciso expedir precatório que, porém, terá preferência.

Pode-se executar provisoriamente a Fazenda Pública. Expede-se o precatório, que entra na fila. Ele, porém, não será pago enquanto não houver execução definitiva.

5. EXECUÇÃO DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA

Se o credor preferir, poderá cobrá-la por meio da execução por quantia (execução comum).

Gera a obrigação de alimentos, sob pena de prisão civil:

- casamento;
- união estável;
- parentesco (descendentes, ascendentes e irmãos).

A execução de sentença é sempre feita nos próprios autos. A execução de alimentos pode ser feita no domicílio do exeqüente, se ele mudou de endereço (entendimento jurisprudencial). Isso porque quem pede alimentos está numa situação de hipossuficiência.

Na execução de alimentos, o devedor é citado para, em três dias, efetuar o pagamento, provar que já pagou, ou justificar a impossibilidade de pagar. Nas duas primeiras hipóteses, se comprovar, a ação é extinta. Na terceira hipótese, a justificativa deve acontecer no próprio bojo da execução, sem a necessidade de embargos.

Se ficar provada a impossibilidade de o devedor pagar, isso apenas servirá para não ser decretada a sua prisão civil, pois os alimentos continuarão devidos.

Se não efetuar o pagamento, não provar que já o fez nem justificar sua impossibilidade de fazê-lo, o devedor terá – a requerimento da parte – sua prisão civil decretada pelo juiz. Se houver o requerimento genérico na petição inicial, o juiz deverá, ao final dos três dias, ouvir novamente o exeqüente sobre a prisão civil.

O Ministério Público não pode requerer a prisão civil, pois a decretação dessa é de interesse pessoal do exeqüente. O prazo da prisão civil é de 60 dias

(para a maioria da doutrina). Esse prazo está na lei de alimentos. O Código de Processo Civil traz um prazo de 90 dias.

É cabível o agravo de instrumento contra a decisão que decreta a prisão. Deve ser postulado o agravo com efeito suspensivo.

É possível que o tribunal aceite o *habeas corpus* dirigido ao TJ (Seção de Direito Privado). Apenas se verifica se houve ilegalidade na prisão.

Se o executado pagar, o juiz expedirá um contramandado de prisão, no caso de a prisão ter sido decretada, mas não cumprida. Se foi cumprida, expedirá um alvará de soltura.

O direito de postular alimentos é imprescritível. O direito de cobrar as prestações já vencidas, porém, prescreve em cinco anos.

A jurisprudência tem entendido que, quando houver várias prestações vencidas, o devedor fica livra da prisão se pagar as três últimas prestações vencidas.

Admite-se a execução provisória de alimentos, a qual também sujeita o executado à prisão. Os alimentos são irrepetíveis. Logo, não cabe repetição do indébito.

Quando já existe prova pré-constituída da paternidade, deve-se seguir o rito especial na ação de alimentos. Nesse rito, o juiz pode conceder uma liminar, que se chama *liminar de alimentos provisórios*.

Os alimentos provisórios são concedidos por meio de liminar na ação de alimentos que segue o rito especial com prova pré-constituída da paternidade.

É possível mover ação de alimentos sem ser cumulada ou antecedida da ação de investigação de paternidade.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Processo Cautelar

1. TEORIA GERAL DO PROCESSO CAUTELAR

Por mais célere, por mais eficaz que seja o processo de conhecimento ou de execução, sempre será necessário um lapso temporal para que a tutela jurisdicional seja concedida. Esse lapso temporal entre a propositura da ação e a sentença pode colocar em risco o provimento jurisdicional requerido. Assim, o processo cautelar nasce para evitar que a tutela cognitiva ou a tutela satisfativa se tornem inúteis diante do perecimento do processo.

1.1. Aspectos formais

O Código de Processo Civil, quando regula as cautelares, utiliza-se de uma série de expressões que, na prática forense, são consideradas sinônimos, porém são distintas, quais sejam:

- *Ação cautelar:* do ponto de vista científico seria uma expressão tecnicamente errada, pois ação é um direito subjetivo público a um provimento jurisdicional acerca de um objeto. Quando o Código de Processo Civil refere-se à ação cautelar, está se referindo ao direito de requerer um provimento acautelatório.

- *Processo cautelar*: processo é o instrumento cautelar; é a natureza da tutela que se está buscando (provimento). O processo é formado por dois elementos: o *procedimento*, que deve desenvolver-se em *contraditório*.

- *Procedimento cautelar*: neste caso, a expressão cautelar designa o Livro em que a matéria está regulada. Não tem significado de provimento, podendo gerar confusão com a sua natureza.

- *Medida cautelar*: é o provimento jurisdicional de natureza cautelar. É o ato do julgador em uma decisão interlocutória ou em uma sentença. As medidas cautelares encontram-se no processo cautelar; no entanto, o sistema processual permite que, dentro do processo de conhecimento ou do processo de execução, o juiz determine medidas cautelares incidentais, como, por exemplo, quando o juiz, no processo de execução, manda prestar caução.

O Livro III do Código de Processo Civil possui duas "falhas". A primeira por destacar, dar autonomia ao processo cautelar ao transportar a matéria que ora era regulada dentro do processo de conhecimento e do processo de execução. Alguns dispositivos permaneceram nesses, ficando como matéria de natureza cautelar, mas excluída do processo cautelar, como, por exemplo, a caução exigida pelo juiz no processo de execução.

A segunda falha ocorreu quando o legislador passou a utilizar-se do procedimento cautelar em outras situações; demandas que seguem o procedimento cautelar, mas que não possuem natureza cautelar, como busca e apreensão de menor ou incapaz fundada em sentença, regulada no Livro das

Cautelares. O provimento jurisdicional, no entanto, é satisfativo, não cautelar.

1.2. Características

- *Instrumentalidade:* no caso, instrumentalidade tem uma conceituação específica, qual seja: as cautelares não têm um fim em si mesmas, ou seja, quando a parte requerer uma cautelar, estará visando a preservação de um outro direito que deverá ser reconhecido ou será objeto de um processo de conhecimento ou de execução.

- *Preventividade:* as cautelares têm por objetivo evitar dano ou risco de dano, ou seja, depois que o dano se concretizou, a cautelar não é mais a via adequada para se tentar revertê-lo.

- *Provisoriedade:* as cautelares produzirão efeitos até que não mais exista o risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

- *Revogabilidade:* concedida ou não a cautelar, a concessão ou a decisão é dada à luz de um determinado momento processual, ou seja, se a situação fática for modificada, é perfeitamente válido que a cautelar concedida possa ser revogada, a cautelar negada venha a ser concedida ou a cautelar possa ser modificada.

- *Autonomia:* o objeto do processo cautelar não é o mesmo do processo principal, ou seja, para que o juiz julgue procedente uma cautelar, o requerente deverá superar requisitos diferentes daqueles da procedência da ação principal. No processo cautelar não há necessidade de certeza do direito; basta que exista a possibilidade do direito (cognição sumária) e o risco de dano irreparável ou de difícil

reparação. Esse dano irreparável é um dano processual, um dano que torna o provimento principal ineficaz.

- *Refiribilidade:* tem por objetivo distinguir as cautelares das tutelas antecipadas. Nas cautelares, ao requererem a tutela, as partes invocam o risco de dano a um outro direito ou a uma outra tutela.

1.3. Classificação

Uma primeira classificação, fundada no momento da propositura da cautelar, divide as cautelares em:

- *Preparatórias:* quando é proposta antes da ação principal. Um dos requisitos da petição inicial dessa cautelar é a lide e seus fundamentos, ou seja, é necessário que se indique qual o objeto da demanda principal. Conhecer a lide principal é essencial para que o juiz julgue se a cautelar preparatória será concedida ou não. As cautelares preparatórias, como regra, exigem a propositura da ação principal no prazo de 30 dias após a execução da tutela cautelar. Essa regra geral só se aplica às cautelares restritivas de direitos, ou seja, quando se causar algum gravame ao requerido. O objetivo do prazo é evitar que o requerente eternize a cautelar. Esse prazo tem caráter decadencial, ou seja, não sendo proposta a ação principal, cessa a eficácia da cautelar.

- *Incidentais:* são aquelas propostas no decorrer do processo principal. No caso, é irrelevante que se indique qual o objeto da demanda principal, tendo em vista que o julgador tem conhecimento prévio do mesmo, devido ao fato de já existir a demanda principal.

Uma segunda classificação divide as cautelares em:

- *Inominadas:* são aquelas fundadas no Poder Geral de Cautela do juiz. O Livro das Cautelares no Código de Processo Civil é dividido em duas partes. A primeira é dedicada ao Poder Geral de Cautela do juiz. O Código simplesmente determina que, havendo risco ou ameaça de lesão, o juiz pode conceder a tutela cautelar e, a partir daí, narra o procedimento para se conceder a tutela cautelar.

- *Típicas*: são as denominadas na segunda parte do Código de Processo Civil. Além disso, o Código relaciona as hipóteses e os requisitos para a sua concessão. As cautelares típicas se subdividem em:

  - *assecuratórias de bens*: cautelar para assegurar o bem objeto da demanda;

  - *assecuratórias de pessoas:* cautelar para evitar que alguma das partes pereça no decorrer do processo (ex.: cautelar de alimentos provisórios);

  - *assecuratórias de provas*: cautelar para garantir a melhor sentença, preservando-se as provas (ex.: cautelar antecipada de provas);

  - *de natureza não-cautelar:* cautelares inscritas no Livro das Cautelares, mas não se encontra nelas um provimento jurisdicional cautelar (ex.: cautelar de justificação, que tem por finalidade somente a produção em juízo da existência ou não de uma relação jurídica; o juiz não produz decisão).

Por fim, uma terceira classificação divide as cautelares em:

- *contenciosas:* haverá o ônus de sucumbência;
- *não-contenciosas:* não haverá o ônus de sucumbência.

1.4. Poder Geral de Cautela do Juiz

O Poder Geral de Cautela visa suprir as lacunas oriundas da impossibilidade de se prever todas as situações em que seria necessária a proteção cautelar. Esse poder será concedido tanto ao juiz, que poderá conceder providência cautelar não prevista, quanto às partes, que poderão postular concessão de providências cautelares não previstas.

As cautelares não previstas são chamadas *inominadas* e, preenchidos os requisitos específicos (*fumus boni juris* e *periculum in mora*), poderá o juiz conceder a cautelar que julgar mais adequada.

Embora o Código de Processo Civil tenha criado o Poder Geral de Cautela, no qual o juiz poderá tomar qualquer medida para que a decisão final não seja ineficaz, o mesmo sofre limites em razão da própria tutela cautelar, quais sejam:

- impossibilidade de o julgador conceder antecipações de tutela por meio de cautelares, ou seja, não se pode desnaturar a medida;
- representado pelo binômio *necessidade* e *adequação*, no Poder Geral de Cautela, deve ser preservado o direito do requerente sem a imposição de sacrifícios excessivos ao requerido. O juiz deve buscar o equilíbrio entre as partes e não criar um benefício exacerbado em relação ao requerente.

O Código de Processo Civil autoriza o juiz a conceder medidas cautelares independentemente do requerimento da parte, desde que preenchidos dois requisitos: que exista um processo em andamento e nas hipóteses em que a lei expressa ou sistematicamente autoriza (ex.: fixação de caução em execução provisória).

1.5. Requisitos Específicos

Os requisitos específicos das cautelares são aqueles que, presentes, levarão ao julgamento procedente da ação cautelar. São eles:

- *Fumus boni juris:* é a plausibilidade do direito alegado, ou seja, a razoabilidade, não a mera lógica; deve haver uma forte possibilidade de que a demanda será procedente.

- *Periculum in mora:* é o risco de lesão grave ou de difícil reparação. Para que este requisito esteja preenchido, serão necessários três elementos:

  - *risco fundado:* o risco deve ser concreto, não podendo estar no campo da mera hipótese (ex.: um título levado a protesto);

  - *risco iminente:* o risco deve ser próximo;

  - *grave* ou *de difícil reparação:* refere-se ao dano processual, ou seja, o risco de que o provimento do processo principal se torne inútil ou ineficaz.

1.6. Relação Jurídica Processual

A regra geral, no sistema processual, é que serão partes do processo cautelar os mesmos sujeitos do processo principal. Isso não significa que as partes devam estar ocupando o mesmo pólo. É absolutamente possível haver um processo cautelar em que o requerente será o réu do processo principal, e o requerido, o autor.

O fato de, eventualmente, se ter um litisconsórcio no processo principal não significa que todos eles deverão estar no processo cautelar. Em tese, é possível a propositura de uma cautelar sem a individualização do requerido, da mesma forma que no processo de conhecimento.

Alguns autores afirmam que, em situações excepcionais, seria admissível uma cautelar em face de um terceiro da relação principal. Por exemplo, a possibilidade de, no decorrer do processo principal, se ingressar com cautelar de busca e apreensão em face de terceiro que esteja em posse de documentos que seriam prova da ação principal.

A divergência existe, pois parte da doutrina não aceita a cautelar em face de terceiros, pelo fato da busca e apreensão em relação ao terceiro, que esteja em posse de documentos que seriam prova da ação principal, vir combinada com a cautelar de exibição e documentos, cautelar essa que não possui natureza exclusivamente acautelatória.

1.7. Intervenção de Terceiros

O Código de Processo Civil prevê cinco casos de intervenção de terceiros. Nem todos eles, entretanto, seriam permitidos no processo cautelar. Vejamos:

- *Assistência*: pela sua natureza e quanto à celeridade, é permitida no processo cautelar.

- *Oposição*: pela sua natureza, a oposição não é admitida, visto que a finalidade do processo cautelar não é a certeza do direito.

- *Nomeação à autoria*: quanto à celeridade, há uma divergência na doutrina. Alguns afirmam que não deve ser admitida a nomeação à autoria no processo cautelar. A corrente dominante, no entanto, afirma que se deve autorizar, tendo em vista ser mais rápido do que extinguir o processo para que seja interposto outro.

- *Denunciação da lide*: a princípio, não se admite; entretanto existem determinadas cautelares cujo objeto pode influenciar/atingir diretamente o desenvolvimento normal do processo principal, o. Nesses casos, a doutrina e a jurisprudência têm admitido.

- *Chamamento ao processo*: pelo mesmo motivo que na denunciação da lide, a princípio não seria admitido em uma cautelar; no entanto, a doutrina e a jurisprudência têm permitido em alguns casos.

1.8. Competência

O Código de Processo Civil não traz regras de caráter geral para a competência das cautelares; assim, será competente para julgar a cautelar o juízo competente para julgar o processo principal.

A competência para as cautelares incidentais, quando o processo principal já está em grau recursal, será fixada de acordo com uma regra específica: “interposto recurso quanto à decisão extintiva do processo, a competência para eventual cautelar será do juízo competente para julgar esse

recurso", ou seja, enquanto o recurso não for interposto, a competência é do juízo que julgou o processo principal. A partir do recurso interposto, a competência será do tribunal que julgará o recurso.

Algumas cautelares típicas têm regra especial, como, por exemplo, a cautelar de atentado, que tem por competência sempre o juízo originário. Ainda que o processo principal esteja no tribunal aguardando julgamento, a cautelar de atentado será proposta perante o juízo que julgou o processo principal.

Admite-se que o juízo incompetente aprecie eventual cautelar, desde que a urgência da medida justifique essa conduta.

1.9. Extinção e Perda da Eficácia nas Cautelares

As cautelares poderão extinguir-se e perder sua eficácia de duas maneiras:

- De modo normal quando atinge o seu objetivo, que é o de fazer com que a decisão do processo principal não se torne inútil. No momento em que a decisão principal não mais correr o risco de se tornar inútil, a cautelar se extingue, perdendo sua eficácia.
- De forma anômala, nas seguintes hipóteses:
  - quando a cautelar for revogada, o que pode ocorrer a qualquer momento;
  - quando houver desistência do processo cautelar;
  - quando o requerente deixar de propor a ação principal no prazo de 30 dias (no caso de cautelar preparatória restritiva de direitos). O

prazo é decadencial; entretanto é decadência da tutela cautelar, não significando a perda do direito material. Se o prazo é de natureza decadencial, a contagem deverá seguir a regra do Código Civil, ou seja, expira no dia final, independentemente de ser dia útil ou não (se o prazo terminar em um domingo, por exemplo, a ação deverá ser proposta na sexta-feira anterior);

- se a medida cautelar não for executada no prazo de 30 dias por culpa do requerente;
- se a liminar tiver sido concedida e o requerente não citar o requerido no prazo de 5 dias (se a citação não tiver ocorrido por culpa do requerente);
- se o processo principal for extinto. A perda da eficácia vai ocorrer quando a extinção se concretizar (ex.: se houver recurso da sentença que extinguiu o processo principal, a cautelar não perderá a eficácia antes do julgamento do recurso).

1.10. Procedimento nas Cautelares Inominadas

O procedimento nas cautelares inominadas deverá ser observado segundo duas considerações:

- Como em qualquer procedimento, as cautelares terão início com uma petição inicial e terão fim com uma sentença, da qual caberá recurso. O procedimento das cautelares é o de conhecimento.
- Subsidiariamente e sempre que houver compatibilidade, serão aplicadas às cautelares típicas (nominadas) as regras das cautelares inominadas.

1.10.1. Atos que compõem a cautelar inominada

a) *Petição inicial*

O Código de Processo Civil aborda os requisitos da petição inicial das cautelares em seu art. 801; no entanto, esses requisitos são insuficientes, devendo-se, portanto, aplicar subsidiariamente o art. 282. São eles:

- autoridade judiciária a quem é dirigida (incumbe à parte indicarinicialmente, a competência);
- nome e prenome das partes, qualificação, residência e domicílio (incumbe ao requerente individualizar as partes); a lide e seus fundamentos (esse requisito só será aplicado às cautelares preparatórias, visto que o requerente deve dar a informação sobre o objeto do processo principal);
- exposição sumária do direito ameaçado e do risco de lesão existente (*fumus boni juris* e *periculum in mora*). O Código deixa de utilizar a expressão técnica *causa de pedir* para evitar confusão do mérito do processo principal com o objeto da cautelar;
- especificação de provas, que deve ser genérica, pois não sendo contestada a demanda, não se sabe quais os fatos controversos, e o que deve ser provado.

Não consta entre esses requisitos o pedido, o valor da causa e o requerimento de citação do requerido. Deve-se, então, aplicar subsidiariamente aqueles constantes no art. 282 do Código de Processo Civil.

b) Exame de eventual pedido de liminar

A doutrina e a jurisprudência entendem como requisitos que deverão estar presentes para que seja concedida a liminar:

- *risco de ineficácia da medida pela citação do requerido*: nesse caso, podem haver duas situações diferentes. O requerido, citado, pode praticar um ato que inviabilize a tutela jurisdicional ou não há tempo hábil para a sua citação, pois a liminar é tão urgente que não existe tempo para a citação e a resposta do requerido;

- *possibilidade de existência do direito:* o Código de Processo Civil dispõe que a liminar será concedida diretamente ou após audiência de justificação. A respeito desta disposição, deve-se levar em conta duas considerações: a primeira é que se o juiz não conceder a liminar diretamente, não será obrigado a fazê-lo em audiência de justificação, tendo em vista que poderá negar a sua concessão; ; e a segunda é que, em regra, não há citação do requerido para a audiência de justificação, visto que, se isso ocorrer, não estará preenchido o primeiro requisito para a concessão da liminar. Em algumas cautelares típicas, entretanto, há previsão legal para essa citação (ex.: busca e apreensão), e em determinadas cautelares, considerando-se a natureza do seu objeto, permite-se que o juiz, com base no seu poder de cautela e de livre convencimento, mande citar o requerido (ex.: separação de corpos).

O Código de Processo Civil permite ao juiz, ao conceder uma liminar, que fixe uma caução real ou fidejussória. A doutrina tradicional sempre foi no sentido de que compete ao requerente indicar a caução, seja ela real ou

fidejussória. Nos últimos três anos, entretanto, a jurisprudência foi alterada e hoje o entendimento dominante é que o juiz tem o direito de indicar a caução.

c) Citação do requerido

A citação será feita nos moldes da ação ordinária; entretanto, o Código de Processo Civil dispõe que o prazo para apresentar contestação será de 5 dias, podendo, inclusive, apresentar exceções, sendo vedada, porém, a reconvenção.

São dois os termos iniciais para a contagem do prazo de 5 dias para a apresentação da contestação: a juntada do mandado de execução da liminar e, se a citação for feita perante terceiros (ex.: sustação de protesto), o requerido deverá ser citado pessoalmente, contando-se o prazo da juntada do mandado de citação.

d) Contestação

Se o requerido não contestar a demanda no prazo de 5 dias, sofrerá os efeitos da revelia (presunção da verdade dos fatos). Essa presunção da verdade dos fatos, entretanto, limitar-se-á à cautela, não podendo ser transportada para o processo de conhecimento. A presunção é da verdade do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*, não da certeza do direito.

e) Réplica

O juiz poderá abrir prazo para o autor se manifestar acerca da contestação. O prazo para o oferecimento da réplica será o mesmo da contestação, já que a lei não previu o prazo nas cautelares.

f) Instrução probatória

Independe do processo principal, visto que o objeto probatório da cautelar (*fumus boni juris* e *periculum in mora*) não se confunde com o objeto probatório do processo principal (certeza do direito). Existem, entretanto, decisões entendendo que poderão ser unificadas as instruções para a celeridade do processo.

g) Sentença

Preenchidos os requisitos, a cautelar será julgada procedente. A decisão que concedeu a liminar será substituída pela sentença, que passará a produzir efeitos. Se a sentença for improcedente, a liminar perderá os seus efeitos.

A sentença do processo cautelar, como regra, não pode produzir coisa julgada material por não haver julgamento de mérito e ser a sentença sempre revogável, tendo, portanto, natureza provisória. A sentença que julgar improcedente uma cautelar sob o argumento de que ocorreu a decadência ou a prescrição da ação, fará coisa julgada material, pois quando se decreta decadência ou prescrição, o juiz está, implicitamente, afirmando que o autor sequer tem o direito alegado na cautelar, ou seja, o autor sequer teria o direito de propor a ação principal.

h) Recursos

Aplicar-se-ão nas cautelares as regras gerais dos recursos. O recurso de apelação, entretanto, será recebido sob efeito meramente devolutivo. Nas cautelares, o único recurso de agravo cabível é o de instrumento, tendo em vista que a decisão de se agravar um processo cautelar é aquela que nega a liminar, não havendo, portanto, interesse no julgamento de um agravo retido, que é julgado como preliminar de apelação e, nessa fase, a sentença já substituiu a liminar.

i) Execução

A execução nas cautelares é de modalidade imprópria (*lato sensu*), ou seja, executa-se diretamente, inexistindo processo de execução. A conseqüência disso é que não serão admitidos os embargos à execução, mas sim, os embargos de terceiros.

1.11. Responsabilidade Objetiva nas Cautelares

O Código de Processo Civil, em seu art. 811, determina que o requerente responda pelos prejuízos causados ao requerido. Acabou, entretanto, relacionando as hipóteses de responsabilidade objetiva, procurando regulamentar a matéria, esclarecendo em quais hipóteses o requerente vai responder objetivamente. Essa lista do Código é taxativa, visto que a responsabilidade objetiva é uma exceção dentro do sistema jurídico, possuindo uma interpretação restritiva. O Código não foi feliz na redação, visto que algumas hipóteses, tecnicamente mais graves, ficaram excluídas do rol.

O requerente responde objetivamente quando:

- *julgar desfavorável a ação principal*: o Código adota uma responsabilidade rígida do requerente. Desconsidera-se a autonomia das cautelares, não importando sua procedência;

- *não propuser a ação principal no prazo de 30 dias*: neste caso, o requerente estará sendo punido pela tentativa de eternizar a cautelar;

- *deixar de citar o requerido em 5 dias*: deve-se fazer uma interpretação sistemática. Não se pode esquecer das excludentes de responsabilidade, ou seja, o requerente não vai responder pelo dano nos casos em que a não-citação ocorreu em razão da omissão do Estado ou de um de seus agentes;

- *deixar de executar a medida no prazo de 30 dias*: neste caso, podem acontecer duas situações diferentes: decorridos os 30 dias, há a prática de uma medida abusiva ou o Código de Processo Civil prevê que a medida cautelar pode causar danos mesmo que não tenha sido executada. Pelo simples fato de ser concedida a cautelar, poderá causar um dano, sendo ela executada ou não;

- *o processo principal for extinto com ou sem julgamento do mérito*: houve uma repetição, visto que, na primeira hipótese, já há disposição sobre isso;

- *na cautelar reconhecer decadência ou prescrição*: prevê a hipótese de, pelo fato de a cautelar já não dar o direito da principal, o requerente responder pelo dano.

Na hipótese do requerente obter uma liminar e perder a cautelar, não há responsabilidade objetiva, visto que o Código vincula essa responsabilidade à

perda do processo principal. A perda da cautelar leva a uma responsabilidade subjetiva.

1.11.1. Funcionamento da responsabilidade objetiva

O Código de Processo Civil determina que a liquidação da responsabilidade objetiva seja feita nos próprios autos da cautelar. O requerido terá que comprovar o dano e o nexo causal. No caso, não haverá liquidação de sentença, cabendo ao requerido trazer a notícia aos autos da cautelar para que possa haver a responsabilidade objetiva do requerente.

Indaga-se: Aplica-se o art. 811 do Código de Processo Civil, que trata da responsabilidade objetiva, na tutela antecipada?

- Trata-se de responsabilidade subjetiva, pois tutela antecipada e tutela cautelar são institutos diferentes. A responsabilidade objetiva no Brasil é excepcional (depende de expressa previsão legal). No silêncio da lei, a responsabilidade é subjetiva. O art. 811 do Código de Processo Civil trata de responsabilidade objetiva no que tange às tutelas cautelares. Logo, para as tutelas antecipadas, a responsabilidade é subjetiva.

- Trata-se de responsabilidade objetiva, pois, nas tutelas cautelares, a responsabilidade é objetiva, já que a decisão é sempre de risco, pois é fundada em juízo de mera probabilidade. Para afastar esse risco, aquele que pediu responderá objetivamente pelos danos que causar à tutela cautelar.

A tutela antecipada é também dada em juízo de mera probabilidade

(decisão de risco). Logo, onde há a mesma razão, deve haver a mesma solução. Se a responsabilidade, portanto, é objetiva nas cautelares, pois são tomadas com base em verossimilhança, e as tutelas antecipadas também são tomadas com base em verossimilhança, a responsabilidade deve ser também objetiva. Nesse caso, há uma pequena tendência de prevalecer a responsabilidade objetiva.

2. ARRESTO

Para que se tenha uma boa compreensão desse instituto, faz-se importante uma visão geral da obrigação de pagar, que é liquidada pela chamada execução por quantia certa contra devedor solvente. Ingressa-se com a ação, faz-se a citação e posteriormente a penhora. Como regra geral, o momento em que os bens sofrem constrição para garantir o pagamento é a penhora. Do risco de o devedor não possuir bens para penhorar, quando chegar esta fase, surge o arresto.

O arresto é, portanto, uma medida cautelar que tem por objetivo a constrição de bens do devedor, de modo a garantir a satisfação de um crédito. Essa medida cautelar poderá ser tanto preparatória quanto incidental. Para preservar o crédito, o credor poderá valer-se do arresto, seja antes ou depois do ingresso da execução.

Não se pode confundir essa figura do arresto com o arresto executivo. O Código prevê que se o executado não for encontrado para citação, seus bens serão arrestados. No caso, os bens serão arrestados tão-somente pelo fato de

que o executado não foi citado, não havendo risco de dilapidação do patrimônio.

O arresto cautelar pressupõe risco e o arresto de execução é medida de coerção para que o executado venha ao processo.

2.1. Condições ou Requisitos Específicos da Admissibilidade do Arresto

O arresto está sujeito às condições da ação; entretanto, é importante identificar esses elementos dentro de um arresto:

- *Possibilidade jurídica do pedido*: somente serão arrestáveis bens penhoráveis; o arresto deverá ocorrer nos limites do crédito.
- *Legitimidade de agir:* no tocante à legitimidade ordinária, a regra geral é que somente poderá pleitear o arresto o credor em face do devedor; é a situação de normalidade. Se for uma cautelar preparatória, o requerente se confunde com a figura do autor da ação principal. Nos casos de cautelar incidental, no entanto, essa situação poderá não ocorrer, ou seja, o réu do processo principal pode ser o requerente da cautelar de arresto (ex.: um pedido contraposto apresentado pelo réu).

Há, ainda, a possibilidade de o réu ingressar com uma cautelar de arresto em face de outro réu, havendo a exclusão do credor. Por exemplo, nos casos de uma ação contra o devedor principal e o fiador, esse último poderá entrar com uma cautelar de arresto para preservar o seu direito de regresso.

O Ministério Público, como fiscal da lei, não poderá ingressar com ação de arresto. Existe, entretanto, uma corrente minoritária que defende essa legitimidade, dependendo da natureza da demanda.

- *Interesse para interposição do arresto*: a regra geral é que basta o requerente afirmar a possibilidade ou risco de não-satisfação do crédito para que ele possa interpor o arresto. Não cabe cautelar de arresto; porém, em face do devedor insolvente, visto que a finalidade da cautelar é assegurar o pagamento de uma dívida. Logo, se o devedor for declarado insolvente, a medida cautelar para o caso de haver dilapidação de bens será a cautelar de seqüestro.

Contra a Fazenda Pública não se pode, em regra, interpor uma cautelar de arresto. Quando há o rompimento da ordem de pagamento dos precatórios, o Código prevê uma cautelar de seqüestro que tem natureza de arresto.

2.2. Requisitos para a Procedência da Cautelar de Arresto

O Código de Processo Civil, no tocante aos requisitos para a procedência da cautelar de arresto, regulamenta a situação do devedor e regula o tipo de crédito que pode ensejar o arresto. Preenchidos os dois requisitos, o mesmo será permitido.

2.2.1. Devedor que se submete ao arresto

O Código relaciona três espécies de devedores:

a) Devedor sem domicílio certo

O devedor se submeterá ao arresto quando não pagar a dívida no vencimento, quando tentar se ausentar ou quando alienar ou onerar bens de modo a se tornar insolvente. O Código de Processo Civil não teve rigor científico nem pragmático para relacionar essas hipóteses.

b) Devedor com domicílio certo

O devedor se submeterá ao arresto quando tentar se ausentar furtivamente ou quando alienar ou onerar bens de modo a se tornar insolvente. Quando o Código fala em "ausentar-se furtivamente", está se referindo àquele que tenta se ausentar sem um motivo aparente, de modo inesperado, sem dar a devida publicidade.

c) Devedor com bens de raiz

O devedor se submeterá ao arresto desde que ele onere ou aliene os seus bens, sem deixar outros livres e desembargados de modo a garantir os demais credores.

A posição tradicional da doutrina é que essa relação é taxativa. Todavia, a posição que vem crescendo, inclusive na doutrina, é que essa relação é exemplificativa, ou seja, as hipóteses não relacionadas serão passíveis de arresto. Existem casos em que o devedor se enquadra no rol do Código de Processo Civil, no entanto o juiz não concederá a cautelar de arresto.

2.2.2. *Créditos que podem ser preservados pelo arresto*

De acordo com o Código de Processo Civil, o crédito preservado é o crédito literal, líquido e certo. Equipara-se a um crédito nessas condições uma sentença sujeita a recurso.

Quando o Código aborda literalidade do crédito, o que se exige é que o crédito esteja comprovado documentalmente. Não há requisitos no Código Civil sobre o documento que comprova o crédito: então, qualquer documento poderá ser usado para sua comprovação.

Quando a liquidez do crédito é mencionada, está se exigindo que o requerente da cautelar informe qual o montante da dívida, ou seja, quanto ela representa em dinheiro. Parte da doutrina entende que basta o requerente apresentar parâmetros que se aproximem o máximo possível do valor real da dívida. É uma parte isolada da doutrina, mas não se pode exigir a liquidez de uma execução.

Assim, quando cita certeza, significa que esse crédito deve ter uma forte plausibilidade, uma forte possibilidade de existir.

2.3. Características Gerais Relativas à Eficácia e Procedimento do Arresto

O Código de Processo Civil aproxima muito, na regulamentação, o arresto da penhora. O Código dispõe que o arresto se converte em penhora e que ao arresto aplicam-se, subsidiariamente, as regras relativas à penhora. Esses dispositivos do Código de Processo Civil têm a finalidade de dispor que o arresto, ordinariamente, terá eficácia até a fase de penhora e que as normas relativas à penhora aplicáveis ao arresto serão aquelas compatíveis com este.

- O Código de Processo Civil tem dois dispositivos que tratam de hipóteses em que se suspendem o arresto e de hipóteses que cessam a sua eficácia: Suspende-se o arresto com:

  - pagamento da dívida;
  - depósito da quantia devida;
  - prestação de caução idônea;
  - apresentação de fiador.

- Cessa a eficácia do arresto com:

  - pagamento da dívida;
  - novação;
  - transação.

Com o pagamento da dívida, cessa a eficácia do arresto, não havendo que se falar em suspensão. Parte da doutrina, com o objetivo de justificar o antagonismo desses dois dispositivos, elaborou duas explicações.

A primeira, no sentido de que se suspende a medida quando há pagamento em cheque até a compensação do mesmo. A lei, entretanto, é clara ao expor que o pagamento só estará efetivado com a compensação do cheque; não há, então, que se falar em suspensão, mas sim em cessação de eficácia do arresto.

A segunda explicação é no sentido de que se suspende a medida quando o Oficial de Justiça vai cumprir o mandado de arresto e o devedor apresenta recibo de pagamento. Não se pode suspender, visto que o Oficial não pode deixar de cumprir o mandado antes de haver decisão judicial. Não se considera, portanto, o pagamento da dívida.

2.4. Procedimento da Cautelar de Arresto

O Código de Processo Civil não trata dentro do capítulo do arresto de todos os atos processuais que comporão essa cautelar, visto que as regras gerais são as mesmas das cautelares inominadas. Há, porém, algumas regras específicas aplicadas ao arresto.

Na petição inicial, nos fatos e fundamentos, o requerente deve provar que preenche os requisitos para requerer o arresto. Em relação à liminar, esta poderá ser concedida após a audiência de justificação, que será feita sem a presença do requerido, se houver necessidade.

O crédito não será provado na audiência de justificação, devendo ser provado documentalmente, tendo em vista a exigência de ser o crédito literal.

O juiz concederá o arresto, independente de justificação, quando o credor oferecer caução idônea ou quando o requerente for a União, os Estados ou Municípios, nas hipóteses previstas em lei. O juiz, entretanto, não ficará vinculado a este dispositivo, que serve apenas como parâmetro ao julgador.

3. SEQÜESTRO

A situação é assemelhada ao arresto. Na cautelar de seqüestro também há a constrição de bens; entretanto, recairá sobre determinados bens que são objeto da ação principal. Podem existir duas finalidades na constrição de bens na cautelar de seqüestro: a preservação do bem objeto da ação principal e o seqüestro como mecanismo para fazer cessar rixas, ou seja, preservar o bem e as partes de uma situação que foge da normalidade.

A medida cautelar não está obrigatoriamente vinculada a uma futura execução para entrega de coisa certa. Pode haver execução *lato sensu*, como pode não haver qualquer espécie de execução. No sistema processual brasileiro, dentro do Livro das Cautelares, o seqüestro será uma medida cautelar, preparatória ou incidental, mas sempre de natureza cautelar, não havendo hipótese de antecipação de tutela.

O Código de Processo Civil adota um procedimento assemelhado ao do arresto, ou seja, relaciona os casos em que o seqüestro será deferido. Parte da doutrina entende que esta relação é exemplificativa, mas essa posição não é consolidada.

É admissível o seqüestro:

- de bens imóveis, móveis ou semoventes nas ações reivindicatórias ou possessórias quando existir o risco de dilapidação ou de rixa. Apesar de o Código tecer considerações sobre ações reivindicatórias ou possessórias, nada impede que a parte ingresse com cautelar preparatória.

Quando o Código se refere a *dilapidar*, deve englobar todo e qualquer ato ou omissão que coloque em risco o bem, ou seja, tudo que coloca em risco o objeto da demanda será objeto da cautelar de seqüestro.

Indaga-se: É possível seqüestro de direitos?

Parte dominante da doutrina entende que sim, visto não haver motivo para não se fazer uma interpretação mais extensa (ex.: seqüestro de quotas de empresa).

- sobre frutos e rendimentos do imóvel, reivindicando quando o réu, após ter sido proferida sentença sujeita a recurso, os estiver dissipando. No caso, o Código está gerando uma presunção de que se o réu já foi condenado, e a partir desse instante pode continuar a receber esses frutos ou rendimentos, mas esses frutos ou rendimentos não poderão ser utilizados sem garantia, ou seja, o réu perde a livre disponibilidade dos frutos e rendimentos. O Código exige, entretanto, a existência da sentença.

- nos casos de dilapidação de patrimônio por parte de um dos cônjuges nas ações de separação ou anulação de casamento. O seqüestro, neste caso, será admissível quando se tratar de bens do casal ou do requerente da cautelar. A dilapidação abrange tanto onerar quanto destruir os bens. O seqüestro de bens não pode impedir os atos de administração ou de gestão ordinária do patrimônio. A dilapidação se refere a prejuízos intencionais à meação.

- nas demais hipóteses previstas em lei. A título exemplificativo, pode-se citar: seqüestro de livros e documentos do falido; seqüestro de produto de crime; seqüestro nas possessórias em que tanto o requerente quanto o requerido exercem a posse a menos de ano e dia.

3.1. Procedimento da Cautelar de Seqüestro

O Código trouxe as regras específicas que devem ser aplicadas ao seqüestro e subsidiariamente às regras do arresto.

Na petição inicial, o requerente deve demonstrar os fundamentos da cautelar, devendo, obrigatoriamente, individualizar o bem a ser seqüestrado. Compete ao requerente, ao pleitear o seqüestro, dizer de que forma ele pretende que seja concretizado, visto que o seqüestro pode se dar em suas mãos, de terceiros ou do próprio requerido.

Pleiteado o seqüestro, o juiz poderá deferir liminarmente ou após audiência de justificação. Deferido o seqüestro, o juiz nomeará um depositário de comum acordo entre as partes ou à parte que oferecer melhores garantias e prestar caução. Essa regulamentação somente pode ser encarada de maneira exemplificativa, visto que o juiz poderá nomear um terceiro sem que estejam as partes de comum acordo, não limitando o julgador. O Código também dispõe que os bens serão entregues ao depositário. No mais, seguem-se as mesmas regras da cautelar de arresto e das cautelares inominadas.

4. CAUÇÃO

O juiz pode condicionar a execução de uma liminar à prestação de caução real ou fidejussória.

Indaga-se: A escolha da caução compete ao requerente, ou pode o julgador, no momento de conceder a liminar, determiná-la?

A posição tradicional doutrinária e jurisprudencial diz que a escolha incumbe ao requerente. Nos últimos anos, a posição da doutrina e jurisprudência se alterou e o posicionamento dos tribunais, hoje, é de que o juiz pode, desde logo, delimitar a caução. Embora no Código de Processo Civil a caução possa ser real ou fidejussória, o juiz pode alterar, por exemplo, a fiança bancária.

MÓDULO XVII

DIREITO PROCESSUAL CIVIL
Processo Cautelar

Praça Almeida Júnior, 72 – Liberdade – São Paulo – SP – CEP 01510-010
Tel.: (11) 3346.4600 – Fax: (11) 3277.8834 – www.damasio.com.br

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Processo Cautelar

1. BUSCA E APREENSÃO

Toda medida que recebe denominação *busca e apreensão* terá o significado de localizar e resgatar um determinado bem que está nas mãos do requerido. Deve-se, no entanto, diferenciar a *cautelar de busca e apreensão* das outras medidas que a lei denomina busca e apreensão.

O objeto da cautelar de busca e apreensão poderá ser *uma coisa* ou *uma pessoa incapaz*. Essa distinção é muito importante para que se analise a *natureza jurídica do provimento da cautelar de busca e apreensão*. Esse provimento poderá ter natureza cautelar ou executiva. Terá natureza cautelar sempre que o objeto do provimento for coisa, visto que o provimento executivo para entrega de coisa tem meio próprio.

Quando o objeto do provimento for pessoa, independentemente da natureza cautelar ou executiva, sempre será utilizada a cautelar de busca e apreensão. Diferenciar-se-á a natureza da cautelar de busca e apreensão de acordo com o fundamento, ou seja, se o fundamento for satisfativo será de natureza executiva; se o fundamento for uma situação de risco será de natureza cautelar. Essa cautelar de busca e apreensão poderá ser preparatória ou incidental.

Embora se tenha um procedimento, há também que se distinguir a natureza da tutela pretendida. Se ocorreu a cautelar de busca e apreensão, deve haver a prova do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Se for busca e apreensão de caráter satisfativo, deve-se demonstrar na petição inicial a existência do direito.

Além disso, o requerente deverá individualizar o bem objeto da busca e apreensão. No caso de busca e apreensão de pessoas, nem sempre o nome e o prenome são suficientes para sua identificação, e nesse caso a individualização deverá ser feita com todas as características para se evitar o engano.

O requerente deverá, ainda, indicar o local em que se encontra o objeto da busca e apreensão. Além disso, deverá, obrigatoriamente, explicitar porque o bem está naquele local. A finalidade dessa norma é exigir que o requerente demonstre que a busca e apreensão não é apenas uma medida para localização de bens.

Proposta a demanda, a cautelar de busca e apreensão poderá ser concedida liminarmente, inclusive na audiência de justificação, seguindo-se a regra geral das cautelares. Deferida a liminar, a execução da medida deverá ser feita por dois oficiais de justiça, acompanhados de duas testemunhas para garantir a licitude da execução da medida.

Quando o objeto da demanda for relacionado a direito autoral, a busca e apreensão deverá ser acompanhada por dois peritos para facilitar a identificação do objeto da apreensão e a elaboração de um laudo, ainda que sumário, daquilo que foi apreendido.

2. AÇÃO DE EXIBIÇÃO

O grande objeto da ação de exibição é a fiscalização e a cognição por parte do autor sobre determinado documento ou bem.

A tutela da ação de exibição é bastante ampla, pois pode ter caráter principal ou cautelar. Caso tenha caráter cautelar, pode ser preparatória ou incidental.

O bem, objeto da ação de exibição, pode ser um documento, como já citado, ou um determinado bem móvel que se encontra na posse de terceiro. Como tem caráter cognitivo, pode visar, numa ação principal, a escolha de uma obrigação alternativa.

Na ação de exibição não se busca nenhuma tutela possessória e, sim, a cognição de um determinado bem por parte do autor, remanescendo a posse do bem a ser exibido. Objetiva a uma mera inspeção, como no caso de uma prestação de contas, tanto que pode ocorrer uma inversão do ônus da prova, gerando uma presunção em favor do autor de algo que necessite para o processo principal. Pode ensejar busca e apreensão e até crime de desobediência.

3. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

3.1. Objetivo

O sistema processual brasileiro é formal, porque cada ato processual deverá ser praticado dentro de um determinado momento. Muitas vezes,

porém, não se tem como esperar esse momento, pelos mais variados motivos (perecimento de prova, desnaturação do objeto). Daí, infere-se, segundo posição majoritária, tratar-se de medida de natureza cautelar, pois ela evita que haja perecimento da prova, ou seja, preserva o resultado final.

A medida de natureza cautelar, preparatória ou incidental, pode ser requerida por todos aqueles que têm interesse jurídico na produção de determinada prova.

3.2. Meios de Provas a Serem Produzidos

Interrogatório, significa, neste caso, tão somente a oitiva da parte contrária. O requerente pode pleitear, mas o juiz pode determiná-lo de ofício. Nessa cautelar o interrogatório está no sentido clássico, como gênero dos quais depoimento pessoal e interrogatório são espécies.

O juiz só defere a oitiva antecipada se houver risco, como, por exemplo, o requerido vai mudar de país ou está prestes a morrer.

- *Oitiva de testemunhas*: também só será deferida se houver risco. O objeto da cautelar é a oitiva, portanto não há qualquer mudança na relação subjetiva. Ex.: Caio move cautelar em face de Tício. Quem é ouvido não figurará como parte, pois é objeto de prova.

- *Perícia*: também só será deferida se houver risco. O juiz, ao deferir eventual perícia, irá fazê-lo nos limites da urgência, do risco, ou seja, não será admitido que seja produzida perícia fora das partes que correm risco na prova, nem mesmo por economia processual.

Trata-se de elenco taxativo.

Outros meios de prova:

- *Prova documental:* não se pode entrar com cautelar de produção antecipada de prova, porque para esse tipo de prova existe cautelar específica, ou seja, a exibição.

- *Inspeção judicial:* não se admite em cautelar de produção antecipada de prova, porque analisando o desenvolvimento da cautelar:

    - *incidental:* haverá falta de interesse processual, pois até a sentença o juiz pode fazer a inspeção na demanda principal, bastando a petição nos autos.

    - *preparatória:* também não se admite, porque o objetivo da inspeção é o contato direto do juiz com o objeto para extrair convencimento.

3.3. Procedimento da Cautelar de Produção Antecipada de Provas

O rigor das cautelares inominadas não se transfere à cautelar de produção antecipada de prova, porque esta não é restritiva de direitos. Também serão aplicadas subsidiariamente as regras do procedimento ordinário que regulam a produção de provas.

Atos a serem praticados:

a) *Petição inicial*: arts. 281, 282 e 283 do Código de Processo Civil, no que for compatível. O requerente deve:

- individualizar as provas, (ex.: individualizar as testemunhas);

- explicar o porquê da antecipação;
- esclarecer o fato que quer demonstrar, para que o juiz verifique se aquele meio de prova é o mais adequado para demonstrar aquele fato (ex.: será indeferido se o sujeito quiser perícia para provar que é casado, porque essa prova será feita por certidão, e não por perícia).

b) *Liminar:* proposta a cautelar, o juiz pode conceder a liminar, mas terá que aguardar a citação do requerido para a prova ser produzida.

c) *Citação:* citado, o requerido pode:

- concordar com a produção de prova;
- contestar a produção de prova; nesse caso a cautelar adotou caráter contencioso; e o Juiz terá de decidir se a prova deve ou não ser produzida;
- se acolher as alegações do requerido, é sentença; cabe, portanto, apelação;
- se acolher o pedido do requerente, trata-se de decisão interlocutória, da qual cabe agravo.

d) *Sentença:* não há juízo de valor, tendo caráter meramente homologatório: a prova foi produzida.

P.: Dessa sentença, cabe apelação?

R.: Por ser homologatória, não há gravame, ou seja, tem cabimento, mas não tem interesse recursal. Se o juiz, porém, na mesma sentença, resolve um

incidente, como, por exemplo, indefere pedido de esclarecimento pericial em audiência e homologa a cautelar, cabendo apelação, pois houve gravame.

Como observação final sobre essa cautelar, ressalta-se que a prova produzida fica em Juízo e poderá ser utilizada pelo requerido, pelo requerente, ou qualquer outro interessado juridicamente.

4. ALIMENTOS PROVISIONAIS

Deve-se distinguir, a princípio, a diferença processual entre alimentos definitivos, alimentos provisórios e cautelar de alimentos provisionais.

- *Alimentos definitivos*: são aqueles concedidos por sentença.
- *Alimentos provisórios*: são aqueles concedidos liminarmente nas ações de alimentos que seguem pelo procedimento especial. Não é ação, apenas mero incidente. Têm cabimento somente quando houver prova pré-constituída da paternidade.
- *Medida cautelar de alimentos provisionais*: sua finalidade é de preservar o requerente até o julgamento da ação principal. É uma ação, que deve ser aplicada somente quando não houver prova pré-constituída da paternidade. A medida tem natureza de tutela antecipada, pois o juiz julga antecipadamente a lide.

A fixação de alimentos provisionais pode estar fundamentada em dois tipos de alimentos:

- aqueles destinados à manutenção do requerente, não restringindo-se apenas à subsistência do requerente, mas também à manutenção do seu padrão de vida;
- aqueles necessários à manutenção do processo. O sistema quer permitir que o requerente receba uma certa quantia para garantir que a parte venha a ter condições de custear o processo (visa evitar que uma das partes fique em situação inferior à outra).

Os alimentos, como regra, são irrepetíveis, ou seja, se houve o pagamento, ainda que eventualmente se decida que não há o dever de pagar, não se poderá requerer que sejam eles devolvidos. Os alimentos provisionais destinados à manutenção do requerente são, incontestavelmente, irrepetíveis. No que diz respeito aos destinados à manutenção do processo, entretanto, a posição doutrinária dominante entende que serão repetíveis, ou seja, serão sujeitos à restituição.

Quando a doutrina afirma que a cautelar de alimentos provisionais é satisfativa, refere-se somente aos alimentos destinados à manutenção do requerente, visto serem estes irrepetíveis.

A discussão doutrinária quanto à cautelar de alimentos provisionais, destinados à manutenção do processo, ser ou não satisfativa é tão somente fundamentada no conceito de satisfatividade. No plano processual somente existe a tutela satisfativa quando houver efetivamente o direito (este conceito processual não está presente na cautelar de alimentos provisionais). No plano material sempre haverá a satisfatividade na cautelar de alimentos provisionais.

4.1. Hipóteses de Cabimento

a) *Separação judicial e anulação de casamento*: nestas hipóteses, deve-se dar uma interpretação extensiva. Em todas as matérias semelhantes terá cabimento a cautelar de alimentos provisionais (ex.: ação de divórcio, dissolução de sociedade de fato etc.).

b) *Ação de alimentos*: deve-se fazer a interpretação sistemática da legislação. Há uma ação de alimentos regulada em legislação extravagante que admite alimentos provisórios. Essa cautelar não tem relação alguma com a ação de alimentos que admite alimentos provisórios. Cabe a cautelar nas ações de alimentos que tramitam pelo procedimento ordinário (exs.: ação de alimentos proposta por filho capaz; ação de alimentos proposta por colaterais etc.). Em princípio não cabe cautelar na ação revisional de alimentos visto ser essa uma ação de caráter constitutivo (o direito já está reconhecido).

c) *Nas demais hipóteses previstas pela lei*: reporta-se aos casos em que a legislação extravagante autoriza a cautelar (ex.: investigação de paternidade).

4.2. Procedimento de Cautelar de Alimentos Provisionais

As regras gerais são as das cautelares inominadas. Há poucas regras específicas nas cautelares de alimentos provisionais.

a) *Competência*: a cautelar de alimentos provisionais será sempre apresentada em primeira instância, ainda que a ação principal já esteja no Tribunal aguardando decisão. A cautelar de alimentos provisionais

deverá ser apresentada perante o mesmo Juízo que julgou a ação principal.

b) *Caráter preparatório ou incidental:* a doutrina tem admitido a cautelar de alimentos provisionais em caráter preparatório nos casos de separação judicial.

c) *Atos processuais:* seguem as regras das cautelares inominadas. Na cautelar de alimentos provisionais não se discute culpa, não importando a procedência da demanda; se houver a separação de fato e a administração dos bens estiver com a outra parte, serão devidos os alimentos provisionais em qualquer hipótese.

Parte da doutrina admite que a cautelar de alimentos provisionais nas ações de alimentos poderá ser requerida diretamente na petição inicial (economia processual). Outra parte da doutrina admite que a cautelar de alimentos provisionais nas ações de alimentos deverá ser pleiteada separadamente, tendo em vista serem procedimentos diversos (cautelar e ordinário)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Processo Cautelar

1. ARROLAMENTO DE BENS

A cautelar de arrolamento de bens (que não se confunde com o arrolamento *espécie de inventário*) tem por objetivo a enumeração e conservação de bens. Em um primeiro momento, o requerente busca a individualização dos bens, e em seguida a sua conservação.

Apesar de existir divergência doutrinária, a posição que vem se consolidando é a de que a cautelar de arrolamento de bens tem a finalidade de proteção dos bens, fundada no risco de seu perecimento. O código vincula a concessão do arrolamento à nomeação de depositário. Ao contrário do que dispunha o Código de 1939, a cautelar de arrolamento de bens não pode ser utilizada somente para individualizar o bem.

Essa cautelar surgiu no Direito Português, que não prevê a cautelar de seqüestro e, ao ser incorporada ao nosso sistema, somente é admissível nos casos em que não se viabiliza o seqüestro. O arrolamento de bens, portanto, será admitido sempre que a parte tiver interesse na conservação de bens, embora não tenha condição de individualizá-los. Por essa razão, parte da doutrina defende que o arrolamento de bens está diretamente ligado às demandas que envolvem direito de família e direitos sucessórios.

Em regra, pode pleitear o arrolamento de bens quem tem direito sobre eles. O CPC dispõe, no art. 856, § 2.º, que o credor somente poderá pleitear arrolamento de bens na arrecadação de herança. A doutrina acrescenta a possibilidade nos casos de bens de ausentes.

O credor não tem direito ao arrolamento para garantir futura penhora ou futuro arresto, pois a legitimidade para pleiteá-lo é daquele que possui crédito presente, e não futuro.

1.1 Requisitos

- *Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação:* esse risco de perecimento do bem deve englobar todas as hipóteses em que, por qualquer razão, o requerente não possa receber o bem.
- *Direito sobre o bem:* o código, quando trata desse requisito, fala em direito já constituído sobre o bem, art. 856, § 1.º, do CPC. A expressão, entretanto, não pode ser interpretada literalmente, visto que se houvesse direito já constituído não haveria necessidade de cautelar. Esse direito, então, é aquele possível, plausível, com forte possibilidade de ser reconhecido, e não a certeza do direito que é típica de processo de conhecimento e de execução.

1.2 Procedimento

A petição inicial, que não possui características particulares, deve demonstrar a existência do direito sobre o bem e o receio de dano irreparável. Não basta a mera dúvida sobre o dano, deve haver, pelo menos, um indício. O

requerente, ainda, deve justificar por que não tem condições de individualizar os bens e, por esse motivo, ingressa com arrolamento e não seqüestro.

Proposta a cautelar, o Juiz pode conceder a liminar diretamente ou após a audiência de justificação. O código determina que o Juiz pode citar o requerido para comparecer e ser ouvido na audiência de justificação.

Deferida a cautelar, o Juiz nomeia depositário. Os bens serão enumerados pelo Oficial de Justiça e o depositário deverá assinar um compromisso de conservação.

O código dispõe que não encerrada a enumeração dos bens no mesmo dia serão colocados selos nas portas da casa ou nos móveis para continuação da diligência no dia que for designado.

No mais, seguem as mesmas regras das cautelares inominadas.

2. JUSTIFICAÇÃO

É a colheita avulsa de prova testemunhal com o objetivo de justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, podendo ser utilizada tanto para processo futuro quanto para relações não contenciosas.

Não tem caráter contencioso, já que não há defesa nem concessão de liminar, e não admite recurso.

De acordo com a lei, caso o interessado não possa ser citado, compete ao MP intervir no processo.

A justificação consiste na oitiva de testemunhas, que podem ser reinquiridas e contraditadas. É decidida por sentença e entregue ao autor 48 horas após a decisão.

Compete ao Juiz ser um mero cumpridor de formalidades legais, já que não pode fazer apreciação meritória da prova colhida. Por todas essas razões, a justificação não tem caráter cautelar, "porque a sua finalidade é de constituição de prova sem que haja a vinculação necessária a um processo principal" (Vicente Greco Filho).

A justificação é muito comum quando os fatos dizem respeito à Previdência Social para instruir pedidos de benefícios, citando-se a autarquia. Os servidores públicos também se valem da justificação para comprovação de contagem de tempo de serviço.

3. PROTESTOS, NOTIFICAÇÕES E INTERPELAÇÕES

As três medidas em questão são procedimentos não contenciosos, meramente conservativos de direitos que em nada se relacionam com as cautelares. Não visam a qualquer preservação quanto ao *periculum in mora*, nem objetivam a eficácia de outro processo.

A finalidade de tais medidas é apenas a prevenção de responsabilidade, ressalvando direitos e evitando alegações de ignorância. Têm grande finalidade no campo do direito material, no que tange a moras e inadimplementos.

Possuem caráter forte no campo cognitivo. Algumas ações estão condicionadas à prévia notificação, sendo que esta tem a importante função de interromper a prescrição (art. 172, II, do CC), constituindo também em mora o devedor nas obrigações *sine die* (art. 960 do CC).

Como já dissemos, nessas medidas não existe qualquer cautelaridade pela inexistência de processo, sendo meros procedimentos. Não admitem defesa.

Caracterizam atos unilaterais sem feição litigiosa. Podem ser feitas extrajudicialmente, de forma que, por não haver lide, a desistência é sempre absoluta. Admite-se contra-protesto, contra-notificação ou contra-interpelação em procedimento distinto.

A intimação ocorrerá por edital, cabendo plena publicidade do ato para que atinja sua finalidade. Não há incidência do art. 806 do CPC por serem medidas desprovidas de constrição.

4. HOMOLOGAÇÃO DO PENHOR LEGAL

O penhor, direito real sobre coisa alheia de garantia, pode ser voluntário, legal ou judicial. O art. 776 do CC prevê dois casos de penhor legal, a saber, o que decorre dos contratos de locação sobre os bens do inquilino e o que recai sobre as bagagens dos hóspedes.

O penhor legal aperfeiçoa-se no momento em que o credor toma posse dos bens, visto se tratar de um contrato real, e não consensual – a mera

manifestação de vontade não aperfeiçoa o contrato, torna-se indispensável a entrega da coisa para o credor. A homologação do penhor legal não o constitui, é hipótese de autotutela dentro do sistema processual.

Caso o devedor se insurja, resistindo ao pedido do autor (art. 875 do CPC), pode o credor requerer o seqüestro dos bens.

A homologação do penhor legal não tem caráter cautelar, não sendo instrumento de processo principal.

Tanto é verdade que o devedor é citado para, em 24 horas, pagar, ou alegar defesa, sob pena de revelia. A defesa fica adstrita ao rol trazido pelo art. 875 do CPC, nulidade do processo, extinção da obrigação, não estar a dívida compreendida entre as previstas em lei ou não estar a coisa sujeita a penhor legal.

Após a penhora, os bens passam a garantir uma futura expropriação. Caso seja concedida *inaudita altera pars*, é preciso a citação do réu para o exercício do contraditório. A sentença em questão tem caráter declaratório.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Processo Cautelar

1. POSSE EM NOME DO NASCITURO

A posse em nome do nascituro é uma medida cautelar que visa proteger os direitos do nascituro – aquele que já foi concebido, mas ainda não nasceu. O amparo legal encontra-se no art. 4.º do Código Civil.

Trata-se de um exame pericial com a finalidade de constatar a gravidez da requerente. Ao pedido deve ser anexada a certidão de óbito daquele de quem o nascituro é sucessor, conforme o art. 877, § 1.º, do Código de Processo Civil.

O exame poderá ser dispensado, caso os demais herdeiros concordem com a declaração da requerente, pois é desnecessária a prova de fato incontroverso.

A requerente, com a sentença declaratória, fica investida na posse dos direitos do nascituro, se tiver o pátrio poder. Se a mãe não puder exercer o pátrio poder, o processo culmina com a nomeação de um curador. O objeto da cautelar é a proteção de eventuais direitos do concedido, como, por exemplo, a habilitação em inventário em andamento.

A ação não visa investigar a paternidade, mas sim a cognição do estado de gravidez. A medida cessa com o parto. Se a criança nasce com vida, o responsável passa a exercer o usufruto de seus bens. Se não há nascimento

com vida, os bens são restituídos ao monte hereditário para partilha ou sobre-partilha entre herdeiros.

2. ATENTADO

Atentado é o procedimento cautelar cujo objetivo é a recomposição da situação alterada por uma das partes que pratica um ilícito no curso do processo – os atos que caracterizam o atentado estão descritos no art. 879 do Código de Processo Civil:

- violação da penhora, arresto, seqüestro, ou imissão da posse;
- prosseguimento de obra embargada;
- qualquer outra inovação ilegal no estado de fato.

Essas hipóteses viabilizam a propositura da ação desde que conjugadas com os seguintes pressupostos:

- situação nova e ilegal;
- processo em curso;
- lesão à parte adversa.

A petição inicial segue os comandos dos arts. 802 e 803 do Código de Processo Civil, e o procedimento segue as regras gerais do procedimento cautelar.

O parágrafo único do art. 880 do Código de Processo Civil excepciona o disposto no art. 800 do mesmo texto – a cautelar será processada e julgada pelo juiz que conheceu a causa principal, ainda que essa se encontre em grau de recurso.

No art. 881 do Código de Processo Civil situam-se as conseqüências da procedência da medida – restabelecimento do *status quo ante*, suspensão da causa principal e proibição de o réu falar nos autos até a purgação do atentado.

Admite-se, na sentença, a condenação do réu ao ressarcimento das perdas e danos da parte contrária, sofridas em razão do atentado (parágrafo único do art. 881 do CPC).

3. PROTESTO E APREENSÃO DE TÍTULOS

O protesto é uma medida de caráter administrativo e extrajudicial e não tem natureza cautelar. A apreensão é um expediente ligado à formação e à integração do título cambial. Portanto, são duas medidas absolutamente distintas com relação à natureza e finalidade.

Visa o protesto caracterizar o não-pagamento de um título; seus efeitos variam de acordo com a cambial protestada.

O procedimento acontece perante o Cartório de Protestos, por não se tratar de ato judicial. O oficial de justiça é responsável pela intimação pessoal ou por edital do devedor. Não há qualquer interferência do juiz – ressaltando-se apenas que o juiz-corregedor tem poder correicional sobre o Cartório de Protesto.

A apreensão de título é ato judicial; porém, é um pronunciamento desprovido de caráter cautelar, com o objetivo de evitar a ineficácia do provimento principal. Depende de requerimento formulado pelo interessado, quando houver a indevida retenção do título por aquele obrigado a praticar algum ato cambial.

Os arts. 885 e 886 do Código de Processo Civil não foram recepcionados pela Constituição Federal (art. 5.º, inc. LXVII). Esses artigos prevêem a prisão do devedor que recusa a devolução do título mercantil.

4. OUTRAS MEDIDAS PROVISIONAIS

Decorrem do poder geral de cautela do juiz. Seria impossível a previsão de todas as situações fáticas em que possa nascer perigo para a eficácia processual; se existissem apenas as cautelares nominadas, muitas tutelas deixariam de ser atendidas; por isso a previsão das providências inominadas.

De acordo com o art. 888 do Código de Processo Civil, temos as seguintes medidas (rol exemplificativo):

- obras de conservação em coisa litigiosa, ou judicialmente apreendida;
- entrega de bens de uso pessoal do cônjuge ou dos filhos;
- posse provisória de filhos, nos casos de separação judicial ou anulação de casamento;
- afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra vontade dos pais;

- depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral;
- afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal;
- guarda e educação dos filhos, regulado o direito de visita;
- interdição ou demolição de prédio, para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Procedimentos Especiais

1. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

1.1. Finalidade e Objeto

A ação de consignação em pagamento tem por finalidade obter a liberação judicial de uma obrigação. Busca, dessa forma, duas situações jurídicas: cumprir a obrigação e receber a quitação pelo cumprimento.

Somente pode ser objeto da consignação em pagamento a obrigação de pagar determinada quantia e a obrigação de entregar, excluindo-se a obrigação de fazer. Quando se fala em obrigação de pagar uma quantia, deve-se destacar duas situações distintas:

- *quando esta quantia se relaciona a uma verba locatícia*: a ação de consignação de pagamento será aquela da Lei de Locação;
- *quando esta quantia se relaciona a qualquer outra verba*: a ação de consignação em pagamento será aquela regida pelo Código de Processo Civil.

O requisito específico da consignatória em pagamento é a mora do credor somente poderá ser proposta a ação de consignação em pagamento quando o credor estiver em mora. Considera-se o credor em mora quando sua ação ou omissão for considerada ilícita. Estando o devedor em mora,

dependendo do tipo da obrigação, o credor pode se recusar ao cumprimento da obrigação.

A doutrina, por muito tempo, considerou a consignação em pagamento como sendo uma execução às avessas, impondo à consignatária os requisitos da execução. O Superior Tribunal de Justiça e a doutrina atual, entretanto, consolidaram entendimento em sentido diverso. Para que haja a consignação em pagamento basta que o autor delimite a sua obrigação.

A ação de consignação em pagamento é um procedimento especial,inserido no processo de conhecimento, havendo cognição exauriente; portanto, admite discussão de toda matéria de fato e de direito.

1.2. Hipóteses de Cabimento

Pode-se dividir as ações de consignação em pagamento em dois grandes grupos:

- *Casos em que existe impossibilidade real de pagamento*: situações em que o devedor quer cumprir sua obrigação, mas este cumprimento está obstaculizado, como, por exemplo, o credor se recusa a receber; inércia do credor em obrigação *querable*; ausência do credor; credor desconhecido; credor inacessível (essa inacessibilidade pode ser material ou jurídica) etc.

- *Insegurança no cumprimento da obrigação*: são hipóteses em que o devedor, em tese, pode cumprir a obrigação; entretanto, existe o fundado risco de que este cumprimento seja questionado no futuro, como, por exemplo, se o credor se recusa a dar a quitação. Há o risco

de o credor, no futuro, alegar que a dívida não foi quitada; fundado receio de incapacidade do credor etc.

1.3. Condições da Ação de Consignação em Pagamento

1.3.1. Legitimidade

A legitimidade ativa, em regra, pertence ao devedor. Entretanto, o Código de Processo Civil dispõe que pode propor a consignatória o devedor ou um terceiro. Este terceiro somente pode propor a consignatória se tiver um interesse jurídico no cumprimento da obrigação, por exemplo, o cessionário de uma obrigação.

Com relação à legitimidade passiva, a ação será proposta em face do credor. Muitas vezes pode se ter um credor-réu não individualizado ou, ainda, ser o fundamento da consignatória a dúvida a respeito de quem seja o credor.

1.4. Competência para Julgamento

A regra do sistema processual é de que a consignatória deverá ser proposta no local do cumprimento da obrigação, excepcionando a regra geral do Processo Civil (domicílio do réu). A posição dominante da doutrina é de que essa regra excepciona, até mesmo, a eleição do foro, ou seja, ainda que as partes tenham elegido um foro para dirimir as dúvidas, a consignatória deverá ser proposta no local do cumprimento da obrigação. Isto se deve ao fato de a consignatória ter por objeto o depósito judicial da obrigação.

1.5. Procedimentos

1.5.1. Consignatória extrajudicial

O Código de Processo Civil prevê (art. 890, § 1.º) que o devedor pode depositar, perante uma instituição financeira oficial, o valor devido, caso em que o credor será notificado por carta com aviso de recebimento para, no prazo de 10 dias, levantar o dinheiro ou impugnar o depósito. Se levantar o dinheiro ou permanecer inerte, considera-se quitada a obrigação. Caso ocorra impugnação, o devedor deverá propor a ação de consignação em pagamento no prazo de 30 dias (art. 890, § 3.º).

A consignação extrajudicial tem caráter optativo, ou seja, se o devedor quiser poderá propor diretamente a ação de consignação em pagamento.

Essa consignação extrajudicial somente é admitida quando houver uma obrigação de pagar, ficando excluída a obrigação de entrega. E, ainda, apenas é admissível quando se tratar de credor certo; não se admite, a título de exemplo, a consignação extrajudicial quando o devedor tem dúvidas quanto à pessoa do credor.

Embora se trate de dispositivo do Código de Processo Civil, a consignação extrajudicial é de direito material, ou seja, o Código está regulando uma forma alternativa de cumprimento de obrigação.

Obs.: admite-se a consignação extrajudicial para pagamento de aluguel, visto ser uma norma puramente de direito material.

1.5.2. Ação de consignação em pagamento

Como qualquer demanda, o primeiro ato será a petição inicial, que irá submeter-se às regras dos arts. 282 e 283 do Código de Processo Civil. O autor, na petição inicial, deve justificar porque está propondo a ação de consignação em pagamento e, ainda, deve individualizar o bem a ser consignado. Por força de lei, admite-se a consignatória judicial de obrigações alternativas. Neste caso, o autor está se colocando à disposição para cumprir a obrigação, podendo o réu optar pela obrigação, não havendo a necessidade da individualização do bem. Proposta a demanda, o juiz, admitindo a inicial, deve determinar que o bem seja depositado.

Há duas exceções a este depósito prévio:

- quando o devedor tiver proposto a consignação extrajudicial (neste caso, o depósito já ocorreu);
- quando se tratar de obrigação alternativa (há necessidade de que o réu escolha o bem a ser depositado).

Depositado o bem, o réu é citado para responder, salvo no caso de obrigação alternativa, onde o réu é citado para escolher. O prazo para esta escolha é de cinco dias, desde que o contrato não disponha em sentido diverso. Se o réu não indicar o bem, o direito de indicação passa a ser do autor.

Admite-se, em ação de consignação em pagamento, a reconvenção, visto que, embora sendo um procedimento especial, a partir da defesa segue-se o procedimento ordinário. Ao contestar, o réu poderá alegar uma das matérias dispostas no próprio Código. Este elenco é meramente exemplificativo, ou seja, o réu poderá alegar toda matéria de fato e de direito, seja processual ou

material. A única restrição que o Código de Processo Civil faz é que, se o réu alegar insuficiência do depósito, ele deve informar qual o valor devido.

Caso haja alegação de insuficiência do depósito, o réu poderá levantar o valor já depositado e o autor terá 10 dias para complementar. Nas obrigações em que a mora do devedor produz rescisão contratual o autor não poderá complementar o depósito.

A partir daqui seguem-se as regras do procedimento ordinário, com exceção da sentença. Se a demanda versar sobre insuficiência do depósito, caso o juiz entenda que o depósito não foi integral, sempre que possível, ele condenará o autor ao pagamento da diferença.

O Código autoriza a consignação de prestações periódicas, ou seja, o autor poderá propor uma única ação e, no decorrer da demanda, poderá depositar as parcelas em juízo no prazo de cinco dias do vencimento da parcela. Poderá inclusive consignar até a sentença, visto que, tecnicamente, os depósitos posteriores serão analisados somente pelo tribunal.

No caso de dúvida quanto aos credores, o juiz profere uma decisão declarando que o devedor cumpriu a obrigação, seguindo o processo entre os sujeitos que, teoricamente, seriam os pretensos credores.

1.5.3. Diferenças entre a consignação em pagamento no Código de Processo Civil e na Lei de Locação

- A consignação em pagamento, na Lei de Locação, deve ser proposta no local do imóvel ou do foro eleito no contrato.
- No Código de Processo Civil, o autor é intimado para depósito no prazo de cinco dias, e na Lei de Locação este prazo é de 24 horas.

- No Código de Processo Civil a complementação, no caso de insuficiência, se dá em 10 dias, e na Lei de Locação este prazo é de cincodias.
- No Código de Processo Civil, se o réu alega insuficiência de depósito e o autor não complementa, o juiz, entendendo que o depósito é realmente insuficiente, condena o autor na diferença, e na Lei de Locação o réu deverá ingressar com reconvenção.
- No caso de prestações periódicas, na Lei de Locação, os depósitos deverão ser efetuados no dia do vencimento da parcela, e no Código de Processo Civil os depósitos podem ser efetuados em até cinco dias após o vencimento das parcelas.
- A apelação, na Lei de Locação, não tem efeito suspensivo.

2. AÇÃO DE DEPÓSITO

2.1. Introdução

A matéria vem regulada pelos arts. 901 a 906 do Código de Processo Civil. A palavra "depósito" advém do Latim *depositum*, que significa confiança. O depósito é o contrato por meio do qual um dos contraentes (depositário) recebe do outro (depositante) um bem móvel, obrigando-se a guardá-lo, temporária e gratuitamente, para restitui-lo quando lhe for exigido.

Temos cinco modalidades de depósito:

- *Depósito voluntário ou convencional*: resulta da vontades das partes;

- *Depósito necessário*: se divide em depósito legal (que decorre de lei) ; depósito miserável (calamidade pública); e depósito do hoteleiro;
- *Depósito irregular*: é aquele que incide sobre bens fungíveis;
- *Depósito judicial*: realizado pelo juiz;
- *Depósito mercantil*.

2.2. Legitimação

O legitimado ativo é o que entregou a coisa para depósito, independentemente de ser o proprietário.

O legitimado passivo é o que tem dever legal e convencional de devolver a coisa depositada.

A ação pode ser proposta contra pessoa física ou jurídica. Se proposta contra pessoa jurídica, a prisão recai sobre o gerente que se coloca na posição de depositário.

2.3. Procedimento

Petição inicial: além dos requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil, deve a petição inicial descrever minuciosamente a coisa depositada, indicando o local onde se encontra depositada e sua estimativa de valor. Aliás, este último requisito é fundamental para que o réu possa depositar o valor. O art. 902 exige que a petição inicial contenha a prova literal do depósito, isto é, o documento que comprove o depósito. Caso não exista a prova documental do depósito, o procedimento especial não poderá ocorrer, devendo a parte

ingressar com uma ação sob o rito ordinário. A petição inicial já pode conter o pedido de prisão.

Defesa: uma vez citado, o réu pode:

- Entregar a coisa ao depositante e ser condenado nas verbas de sucumbência.
- Consignar a coisa em juízo; nesse caso, pode contestar e discutir o mérito sem a possibilidade de prisão.
- Depositar o equivalente da coisa em dinheiro; aqui também o réu pode discutir o mérito e contestar, sem o risco da prisão.
- Simplesmente contestar; o réu pode alegar nulidade ou falsidade do título e a extinção da obrigação correndo, porém, o risco de prisão.
- Reconvir e excepcionar.
- Por fim, o réu pode permanecer inerte e sofrer os efeitos da revelia.

Sentença: a sentença tem um caráter condenatório e executivo. O juiz determina que o réu, em 24 horas, entregue a coisa ou o equivalente em dinheiro. O juiz, na sentença, deve fixar o valor correto, quando há dúvida sobre o mesmo.

Prisão civil: é uma forma de impor ao réu o cumprimento da obrigação. O Texto Constitucional, no art. 5.º, inc. LXVII, autoriza tal prisão. Portanto, não cumprindo o réu a ordem de entregar a coisa, o juiz aguarda o pedido expresso do autor, para, depois, decretar a prisão. O prazo máximo de prisão é de um ano, mas cessa imediatamente se a coisa for encontrada. A ordem de prisão pode ser suspensa durante a fase recursal.

3. AÇÃO DE ANULAÇÃO E SUBSTITUIÇÃO DE TÍTULO AO PORTADOR

3.1. Introdução

A matéria vem tratada nos arts. 1.505 a 1.511 do Código Civil e arts. 907 a 913 do Código de Processo Civil. Diz o art. 1.505: "O detentor de um título ao portador, quando dele autorizado a dispor, pode reclamar do respectivo subscritor, ou emissor, a prestação devida. O subscritor, ou emissor, porém, exonera-se, pagando a qualquer detentor, que esteja ou não a dispor do título". O art. 1.506 dispõe que a obrigação subsiste ainda que o título tenha entrado em circulação contra a vontade do próprio emissor. Por conseguinte, torna-se importante o remédio da anulação e substituição do título ao portador, para evitar o enriquecimento indevido.

3.2. Legitimidade e Tutela

O credor é o legitimado ativo, por ter perdido, ou por ter sido injustamente desapossado do título. Pode ter ocorrido, ainda, a destruição parcial do título.

Entre as pretensões dedutíveis temos:

- *Anulação e substituição do título*: o próprio art. 1.509 do Código Civil menciona que o credor pode impedir que o pagamento ocorra ao ilegítimo detentor. A ação visa anular o título primitivo. Como dispõe o art. 908 do Código de Processo Civil, o autor exporá, na

petição inicial, a quantidade, a espécie, o valor nominal do título e os atributos que o individualizem, a época e o lugar em que o adquiriu, as circunstâncias em que o perdeu e quando recebeu os últimos juros e dividendos, requerendo: I – a citação do detentor e, por edital, de terceiros interessados para contestarem o pedido; II – a intimação do devedor para que deposite em juízo o capital, bem como os juros ou dividendos, e para que não pague a terceiros enquanto não for resolvida a ação; III – a intimação da Bolsa de Valores, para conhecimento de seus membros, a fim de que estes não negociem os títulos.

- *Reivindicação do título*: o título pode estar na posse de terceiro por perda por parte do credor, ou por injusto desapossamento. É uma ação reivindicatória. Qualquer um pode ser legitimado passivo.

- *Substituição de título parcialmente destruído*: como a presença física do título é fundamental, se o título foi parcialmente destruído precisa ser substituído por um íntegro, para gerar eficácia. Aqui o legitimado passivo é o devedor, porque pode ser necessária a emissão de novo título.

4. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS

4.1. Introdução

A obrigação de prestar contas surge toda a vez que alguém tem ingerência sobre bens de terceiros, visando demonstrar lisura na interferência do patrimônio de outro para que não haja enriquecimento indevido.

A ação de prestação de contas tem por objetivo extinguir a obrigação de prestar contas, verificando saldo existente. Pode ter iniciativa tanto por parte daquele a quem cabe prestar como de quem tem o direito de exigir a prestação. Tais contas devem seguir sempre a forma de escrituração contábil, acompanhada de documentos justificativos.

4.2. Ação de Exigir Contas

Determina o art. 914, inc. I, do Código de Processo Civil, "a ação de prestação de contas competirá a quem tiver: I o direito de exigi-las”. Ocorre na hipótese de não-prestação voluntária por parte do obrigado, impondo ao titular o direito de exigir. Ocorre, por exemplo, no caso de tutela.

4.2.1. Procedimento

Na primeira fase o juiz deve verificar a obrigação de prestar contas. Por conseguinte, a petição inicial deve conter, além dos requisitos do art. 282, menção à origem da obrigação, se legal ou contratual. Deve também conter prova de que o réu teve bens do auto em administração.

Respostas do réu: o réu tem cinco dias para responder:

- *O réu pode permanecer inerte*: nesse caso, o juiz julga procedente o dever e manda o réu prestar as contas em 48 horas, sob pena de o autor fazê-lo em 10 dias.
- *Apresentação das contas*: o réu pode apresentar as contas e encerra-se a primeira fase. O autor será intimado para, em cinco dias, manifestar-se; caso o autor se mantenha inerte ou concorde, as contas

serão aprovadas. Caso o autor impugne as contas, pode desenvolver-se a dilação probatória, inclusive com perícia e audiência, decidindo o juiz sobre as contas.

- *Apresentação das contas e contestação*: o réu pode, simultaneamente, apresentar as contas e contestar, alegando, por exemplo, que as contas não foram exigidas previamente.
- *Contestação com negativa da obrigação de prestar contas*: caso o réu não apresente as contas, mas conteste, negando sua obrigação de prestá-las, teremos o rito ordinário para que a sentença reconheça ou não a obrigação. O juiz, julgando procedente, reconhece que o réu tem obrigação de prestar contas, devendo a sentença condenar o réu a prestá-las no prazo legal. Cumprindo o réu a determinação de apresentar contas, deverá o autor se manifestar em cinco dias. Não apresentando o réu as contas, poderá o autor fazê-lo em 10 dias.

4.3. Ação de Prestar Contas

Visa liberar o obrigado, garantindo-lhe a quitação e declaração, por sentença, de que não lhe remanesce nenhuma obrigação.

4.3.1. Procedimento

Além dos requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil, o autor precisa demonstrar a sua obrigação de prestar contas; aliás, sua causa de pedir para prestar contas, juntando, inclusive, os documentos do contrato ou do ato jurídico que criou a obrigação. Deve, ainda, esclarecer o porquê da propositura da ação, já que as contas não lhe foram exigidas.

Respostas do réu:

- *Aceitar as contas*: reconhece a procedência do pedido e a lide é antecipadamente julgada, extinguindo-se o processo com julgamento do mérito (art. 269, inc. II, do CPC).
- *Revelia*: o juiz julga as contas, muito embora o juiz não esteja vinculado a fazê-lo, seguindo o rito ordinário.
- *Contestação*: caso o réu conteste, quer na questão principal das contas, quer em quaisquer outras questões, o procedimento é o ordinário, com julgamento antecipado da lide, ou com a produção de provas.

Sentença: o saldo credor deverá ser declarado na sentença, conforme expressa determinação do art. 918: "O saldo credor declarado na sentença poderá ser cobrado em execução forçada”.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Procedimentos Especiais

1. AÇÕES POSSESSÓRIAS

A proteção da posse faz-se por meio dos interditos, que são apenas três:

- ação de reintegração de posse;
- ação de manutenção de posse;
- interdito proibitório.

A ação é considerada possessória quando o seu objeto envolve posse; por isso, é imprescindível identificar qual a relação jurídica que o sujeito mantém com a coisa.

Não basta, entretanto, que a causa de pedir envolva direitos possessórios; a ação de nunciação de obra nova e os embargos de terceiro não se encaixam no rol das ações possessórias. O que conduz à ação de reintegração de posse é o *esbulho*; no caso de manutenção, deve haver a *turbação;* e, no interdito proibitório, deve existir *grave ameaça de esbulho* à posse.

1.1. Fungibilidade

Aplica-se o princípio da fungibilidade às possessórias, concedendo o juiz a tutela mais adequada ao caso concreto, independentemente do tipo de ação que foi proposta pelo autor (por exemplo: se o autor ingressa com ação de manutenção de posse alegando turbação e, à época da concessão, ocorrem mudanças nos fatos, tornando-se caso de esbulho, o juiz irá conceder a reintegração da posse. O contrário não ocorre, pois se eventual turbação se transforma em mera ameaça, por exemplo, haverá perda do objeto e o processo será extinto sem julgamento do mérito por falta de interesse de agir).

O princípio da fungibilidade está disposto no art. 920 do Código de Processo Civil, assim regulamentado:

"A propositura de uma ação possessória, em vez de outra, não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos requisitos estejam provados".

A fungibilidade aplica-se às possessórias, justificando-se tal fato por ser de difícil identificação a espécie de agressão à posse e por existir a possibilidade de que a agressão inicial venha a alterar-se no curso da demanda.

Turbação é todo ato que embaraça o livre exercício da posse; esbulho é o ato pelo qual alguém priva outra pessoa do poder, de fato, sobre a coisa.

Inexiste, porém, a fungibilidade entre um interdito possessório e um instituto que não o seja. Por exemplo: não pode o juiz valer-se da fungibilidade para julgar ação possessória como se fosse petitória e vice-versa.

1.2. Legitimidade

1.2.1. Legitimidade ativa

O art. 926 do Código de Processo Civil estabelece a condição de possuidor para a propositura dos interditos. Exige-se, ainda, que tenha sido esbulhado ou turbado em sua posse. O detentor não tem a faculdade de propor ação possessória, por não ter a posse.

Nas possessórias, excetua-se a regra geral de que o cônjuge necessitará de consentimento do outro para propor a ação – não há a necessidade da participação de ambos, exceto nos casos de composse e de ato por ambos praticado (art. 10, § 2.º, do CPC).

Possuidores diretos e indiretos têm ação possessória contra terceiros – legitimação concorrente – e também um contra o outro; nesse caso, é necessário verificar qual das posses foi a ofendida (art. 486 do CC).

1.2.2. Legitimidade passiva

O réu, nas ações possessórias, é o autor da ameaça, da turbação ou do esbulho. O terceiro que recebeu a coisa esbulhada, sabendo que o era, também é legitimado para figurar no pólo passivo.

Quando a turbação ou o esbulho for causado por menor púbere, será possível ajuizar ação contra ele; porém, o menor deverá estar assistido por seus pais ou responsáveis. No caso de menor impúbere, a ação deverá ser ajuizada em face do responsável pelo incapaz.

A pessoa jurídica, de direito privado ou público, poderá ocupar o pólo passivo das ações possessórias, pois a ninguém é dado o direito de desapossar outrem sem o devido processo legal.

1.3. Competência

Trata-se de competência absoluta, não podendo ser derrogada ou modificada. Serão propostas, as ações possessórias, no foro onde o imóvel violado estiver localizado ou, em se tratando de bem móvel, no foro do domicílio do réu.

1.4. Procedimento

1.4.1. Petição inicial

A petição inicial deve conter os requisitos dos arts. 282 e 283 do Código de Processo Civil.

O autor, em petição inicial, deve qualificar o réu, exceto quando impossibilitado de fazê-lo, por exemplo, em grandes invasões, quando não é possível identificar todas as pessoas.

O autor deverá afirmar, na inicial, a existência da posse, a duração desta, a natureza do ato violador e a data em que esse ato ocorreu. Não basta que o autor afirme o seu direito possessório; o autor deve demonstrar o esbulho ou a turbação de sua posse.

O Código de Processo Civil, em seu art. 921, autoriza cumular, ao pedido de proteção possessória, a condenação de perdas e danos, o desfazimento de construção ou plantação e a pena cominatória em caso de descumprimento de ordem judicial, sem prejuízo do rito especial.

Outros pedidos poderão ser cumulados, desde que observadas as disposições do art. 292 do Código de Processo Civil.

O juiz pode conceder ou não a liminar possessória, que constitui uma antecipação de tutela com requisitos próprios: entre eles encontra-se a violação do direito possessório a menos de ano e dia.

A liminar, na ação possessória, limita-se à proteção possessória, não atingindo, por exemplo, a execução por perdas e danos. Pode ocorrer uma antecipação de tutela da execução por perdas e danos; entretanto, deve-se seguir as regras do art. 272 do Código de Processo Civil.

A liminar pode ser concedida diretamente ou após a audiência de justificação. Será concedida de plano quando houver prova documental idônea para a demonstração dos requisitos do art. 927 do Código de Processo Civil. A declaração de pessoas que conhecem o fato não servirá como prova para a concessão direta da liminar, visto que a prova testemunhal deve ser produzida em Juízo.

Se a liminar não for concedida de plano, será designada uma audiência de justificação onde serão ouvidas as testemunhas do autor, não havendo a rigor, a necessidade de serem elas arroladas antecipadamente. O réu deve ser citado para comparecer à audiência; porém, não poderá levar testemunhas nem apresentar provas, devendo limitar-se a assistir a audiência e, eventualmente, a reperguntar às testemunhas e oferecer contradita, em caso de suspeição ou impedimento.

A finalidade da audiência de justificação é permitir que o autor faça oralmente a prova de seu direito e é realizada em seu exclusivo interesse. Partindo dessa finalidade, deve-se analisar a forma da audiência.

1.4.2. Caução

O art. 925 do Código de Processo Civil, estabelece*: "Se o réu provar, em qualquer tempo, que o autor provisoriamente mantido ou reintegrado na posse carece de idoneidade financeira para, no caso de decair da ação, responder por perdas, o juiz assinar-lhe-á o prazo de 5 (cinco) dias para requerer caução sob pena de ser depositada a coisa litigiosa".*

O juiz, portanto, ao conceder a liminar, em princípio não pode exigir do autor que ele preste uma caução real ou fidejussória. O que o sistema prevê é que o réu, na sua defesa, possa requerer que o autor preste caução, sob o argumento de que este não teria idoneidade financeira para arcar com os prejuízos caso não tenha a tutela jurisdicional a seu favor. Nesse caso, o juiz pode fixar a caução, sob pena de o bem, objeto da ação possessória, ser depositado. Essa regra do Código de Processo Civil deve ser interpretada sistematicamente, ou seja, o réu deve demonstrar o risco pela falta de idoneidade financeira e, ainda, deve colocar em dúvida a cautelar concedida.

1.4.3. Resposta

Concedida a liminar, o réu será citado para responder a demanda. O prazo para resposta é de 15 dias. Entretanto, o Código de Processo Civil prevê dois termos iniciais para esse prazo:

- se a liminar foi negada ou concedida diretamente, o prazo para responder será o da juntada do aviso de recebimento ou do mandado de citação (regras gerais do CPC);
- se o juiz designou audiência de justificação, o prazo para responder irá fluir dessa audiência (art. 930, par. ún., do CPC).

O art. 922 do Código de Processo Civil permite ao réu formular pedido na contestação – caráter dúplice das ações possessórias. Alegando que foi ofendido em sua posse, o réu pode requerer:

- proteção possessória – que a possessória seja declarada em seu favor;
- indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor.

No entanto, não será permitido ao réu requerer a concessão de liminar na contestação.

Respondida a demanda, os atos serão praticados em respeito ao procedimento comum ordinário, até a sentença.

1.4.4. Recurso

Proferida a sentença, cabe contra ela o recurso de apelação. A posição dominante é a de que essa apelação será recebida nos efeitos suspensivo e devolutivo, visto que a ação possessória não se enquadra em nenhuma das situações do art. 520 do Código de Processo Civil.

Das decisões interlocutórias, o recurso cabível é o agravo; entretanto, da decisão que concede ou não a liminar, somente cabe agravo de instrumento; não cabe agravo retido contra decisão liminar porque o seu julgamento se faria, em caso de futura e eventual apelação, já na fase final do processo.

1.4.5. Execução da sentença

A execução das ações possessórias é execução *latu senso*, ou seja, a sentença é executada diretamente, sem a necessidade de um processo de execução. A proteção possessória não admite embargos de devedor contra a execução de sentença transitada em julgado.

1.4.6. Disposições gerais

Os embargos de terceiro são admitidos, embora haja pequena divergência jurisprudencial. É entendimento do Professor Humberto Theodoro Júnior[1]: "Assim, embora haja pequena divergência jurisprudencial, o certo, porém, é que o melhor entendimento, aliás dominante nos Tribunais, é, a exemplo da doutrina, no sentido de que 'podem ser oferecidos embargos de terceiro na fase de execução de mandado de reintegração de posse'".

Quanto ao embargo de retenção por benfeitorias, é entendimento do Professor Humberto Theodoro Júnior que, "se o demandado tem benfeitorias a indenizar, e pretende exercer, se cabível, o direito de retenção, há de fazê-lo no curso da ação por meio da contestação e nunca por via de 'embargos de retenção', após a sentença, porque tais embargos pressupõem, logicamente, a

[1] *Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos Especiais*. 26.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. vol. III, p.140.

existência de uma execução de sentença, nos moldes da condenação à entrega de coisa certa (art. 744 do CPC)".

O art. 923 do Código de Processo Civil dispõe que, na pendência de ação possessória, não se admite ação relativa a domínio. Se fosse feita uma interpretação gramatical desse dispositivo, chegar-se-ia a duas conclusões:

- às partes não se admite a discussão dominial no Juízo possessório;
- não se deve julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertence o domínio.

Essa interpretação tem sido afastada pela doutrina e pela jurisprudência. Pode ocorrer que o autor e o réu estejam afirmando a sua posse com base na existência de um domínio; nesse caso, a finalidade do art. 923 do Código de Processo Civil não existe mais, visto as próprias partes estarem alegando o domínio. O juiz, portanto, somente pode decidir uma ação possessória com base na propriedade se ambas as partes invocarem a qualidade de donas da coisa.

Questão interessante diz respeito à possibilidade de ajuizar ação possessória em face de pessoa jurídica de direito público. A melhor solução aponta para a possibilidade, de acordo com unanimidade legal, doutrinária e jurisprudencial, todavia, com duas restrições:

- O juiz não pode deferir a liminar antes de ouvir o representante do Poder Público (art. 928, par. ún., do CPC).
- Se o Poder Público já deu ao imóvel uma destinação pública, não é possível a ação possessória. Nesse caso, cabe ação de desapropriação indireta para pleitear perdas e danos.

2. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA

Compete ao proprietário ou possuidor impedir a continuação de obra nova, no imóvel vizinho, que lhe cause danos (art. 934 do CPC) ou que esteja em desacordo com os regulamentos administrativos.

Obra é toda e qualquer alteração física da coisa.

É requisito essencial da ação de nunciação de obra nova que a obra seja nova; não se encontre em fase de acabamento e que os prédios sejam vizinhos.

Os artigos 572 e 573 do Código Civil são fundamentos materiais que possibilitam o embargo de obra de outro.

Cumpre observar a diferença entre ação de dano infecto e ação de nunciação de obra nova. Com efeito, A ação de dano infecto pode ser exercida quando o prédio do vizinho ameaça ruir. Vizinho é todo aquele que mora suficientemente perto, para que a obra feita em um dos imóveis repercuta no outro. Ação de nunciação de obra nova é remédio processual que visa solucionar conflitos no confronto do direito de construir com o direito de vizinhança.

O Supremo Tribunal Federal autoriza a conversão da nunciação de obra nova em perdas e danos, para não ofender o princípio constitucional da função social da propriedade. Deve ser aplicada com cuidado e em casos especiais.

O art. 934, inc. II, do Código de Processo Civil dispõe que cabe nunciação de obra nova ao condômino, para impedir a alteração da coisa comum. A alteração de substância exige o consentimento de todos os condôminos.

Conforme art. 934, inc.III, do Código de Processo Civil, compete ao Município a ação de nunciação de obra nova para evitar o desrespeito às leis, aos regulamentos e às posturas municipais.

É pacífico o entendimento de que a legitimidade conferida ao Município estende-se a *qualquer pessoa jurídica de direito público*.

2.1. Procedimento

2.1.1. Embargo extrajudicial

O art. 935 do Código de Processo Civil dispõe que, em caso de urgência, quando não há tempo hábil para a obtenção de embargo judicial, o interessado pode propor embargo extrajudicial para a paralisação da obra.

O interessado deve fazer-se acompanhar por duas testemunhas e, em voz alta, notificar ao proprietário ou construtor para não continuar a obra.

O interessado, no prazo de três dias, deve obter a ratificação judicial da medida.

Deferida a ratificação, ela retroage até a data dos embargos extrajudiciais – eficácia *ex tunc* da decisão.

A ação de nunciação de obra nova é dotada de concessão de liminar, que pode ser concedida de plano ou depois de realizada a audiência de justificação.

O prazo para a contestação da ação de nunciação de obra nova é de cinco dias.

3. AÇÃO DE USUCAPIÃO DE TERRAS PARTICULARES

Usucapião é um modo originário de aquisição da propriedade. A pessoa torna-se proprietária por usucapião, se preenchidos todos os requisitos previstos em lei.

A ação de usucapião é meramente declaratória e tem eficácia *ex tunc*.

P.: A ação publiciana é uma ação de usucapião?

R.: A ação publiciana é uma ação de natureza petitória que pode ser impetrada quando alguém já usucapiu, mas não tem o imóvel registrado em seu nome.

P.: Julgada procedente a ação publiciana, a sentença é válida para registro do imóvel, no Cartório de Registro de Imóveis?

R.: A procedência da ação publiciana não vale como registro no Cartório de Registro de Imóveis para o usucapião.

Dispõe a Súmula n. 237 do Supremo Tribunal Federal: "O usucapião pode ser argüido em defesa".

Usucapião especial pode ser alegado em defesa, hipótese em que a sentença que o reconhecer poderá ser levada a registro no Cartório de Registro

de Imóveis (Lei n. 6.969/81).

3.1. Procedimento

Foro competente para o procedimento especial do usucapião de terras particulares é o da situação do bem usucapiendo. O Juízo será o cível, salvo se houver Vara Especializada dos Registros Públicos.

A petição inicial, deve observar tanto os requisitos gerais, contidos no art. 282, quanto os especiais, contidos nos arts. 941 e 942, todos do Código de Processo Civil:

- planta descritiva do imóvel;
- certidão atualizada do imóvel, cuja finalidade é demonstrar que não existe possessória em curso;
- certidão do distribuidor cível, cuja finalidade é verificar se houve ou não citação;
- justo título, somente para usucapião ordinário.

Devem ser citados para a ação de usucapião (art. 942 do CPC):

- as pessoas em cujo nome o imóvel está registrado;
- todos os confinantes;
- eventuais terceiros interessados, por edital.

Se um dos dois primeiros for citado por edital e não aparecer, o juiz deve nomear curador especial, tendo incidência o disposto no art. 9.º, inc. II, do

Código de Processo Civil.

Além de citar essas pessoas, há necessidade de intimação:

- do Ministério Público (art. 944 do CPC);
- da Fazenda da União, do Estado, do Município (art. 943 do CPC).

Dispõe a Súmula n. 150 do Superior Tribunal de Justiça: "Compete com exclusividade à Justiça Federal dizer quando há ou não interesse da União".

Foi eliminada do rito da ação de usucapião a audiência de justificação, de modo que o rito passou a ser o ordinário.

A sentença confere, ao autor, título que lhe permite transcrever o imóvel no Registro Público.

4. AÇÃO DE DIVISÃO E DEMARCAÇÃO DE TERRAS PARTICULARES

4.1. Introdução

A propriedade privada, conforme dispõe o art. 524 do Código Civil, implica o direito de usar, gozar e dispor; porém, para que gere realmente eficácia *erga omnes* é indispensável que o registro seja perfeito. Nessa linha de raciocínio, a área da propriedade deve ser de precisão absoluta para que o

titular tenha plena segurança de todos os efeitos dos seus direitos e prerrogativas.

O art. 946 do Código de Processo Civil estabelece quando a ação é demarcatória e quando é divisória; elas não são excludentes, já que se pode demarcar para depois dividir. Com a fixação dos limites da demarcação, os confinantes são terceiros em relação à divisão, que não lhes produz nenhum efeito – só continuam no processo para que não sejam despojados da área.

Tanto a ação de divisão como a de demarcação pode ser feita de forma amigável, sendo desnecessário recorrer ao Judiciário.

Ambas as ações têm caráter dúplice.

4.2. Ação de Demarcação

4.2.1. Introdução

A ação de demarcação está prevista no art. 946, inc. I, do Código de Processo Civil: "Cabe a ação de demarcação ao proprietário para obrigar o seu confinante a estremar os respectivos prédios, fixando-se novos limites entre eles ou aviventando-se os já apagados". Visa, portanto, por fim a conflito de limites. Devem existir dois ou mais imóveis confrontantes.

4.2.2. Petição inicial

De acordo com o art. 950 do Código de Processo Civil, a ação demarcatória deve vir instruída, além dos fixados no art. 282 do mesmo diploma legal, com alguns requisitos especiais:

- títulos da propriedade;
- designação do imóvel pela situação e denominação;
- descrição dos limites.

Não precisa haver uma exata limitação da área. O autor descreve os limites que entende correto, muito embora o objetivo da ação seja descobrir os verdadeiros limites. Se o autor não coloca quais os limites que entende correto, a inicial é inepta, pois não garante qualquer defesa. A indicação dos confinantes é fundamental, para que todos possam ser atingidos pela demarcatória.

Segundo o art. 951 do Código de Processo Civil, a demarcatória pode vir cumulada com pedido de restituição de terreno invadido ou de indenização de danos.

4.2.3. Procedimento

O procedimento é o peculiar do ordinário, contendo em especial a obrigatoriedade de prova técnica.

A citação dos réus que moram na Comarca será pessoal; dos demais, por edital (art. 953 do CPC).

O prazo para contestação é de 20 dias, sendo prazo comum; mesmo quando houver litisconsortes não se conta em dobro. Segue como o procedimento ordinário, porém com prova técnica. O juiz deverá nomear dois arbitradores e um agrimensor, antes de sentenciar. Os arbitradores farão um laudo minucioso e o agrimensor juntará planta da região, podendo as partes se manifestarem no prazo comum de dez dias sobre o que julgarem conveniente.

Com o trânsito em julgado, começa a segunda fase – a demarcação em si (arts. 959 e ss.).

4.3. Ação de Divisão

4.3.1. Introdução

A ação de divisão está prevista no art. 946, inc. II, do Código de Processo Civil: "Cabe a ação de divisão ao condômino, para obrigar os demais consortes a partilhar a coisa comum”. Sendo o imóvel divisível, qualquer dos condôminos está legitimado a promover a ação para a divisão da coisa comum, pois o condomínio, no caso, goza de absoluta temporariedade.

4.3.2. Petição inicial

Além dos requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil, o art. 967 do mesmo instituto estabelece que a petição inicial será sempre instruída com os títulos de propriedade e deverá conter:

I a indicação da origem da comunhão e todos os característicos do imóvel. O juiz precisa saber a natureza do condomínio e a sua possível divisibilidade.

II todas as qualidades jurídicas dos condôminos, indicando aqueles que efetivamente têm posse, benfeitoria e cultura na coisa.

III as benfeitorias comuns.

4.3.3. Procedimento

Na ação de divisão é requisito a sentença transitada em julgado que diga admissível a divisão. Após, passa-se ao trabalho de divisão efetiva. Os dois arbitradores e o agrimensor são nomeados e medirão o imóvel para divisão.

Todos os condôminos devem fazer o pedido de quinhão e apresentar seus títulos em dez dias. Podem os co-proprietários se manifestar em 10 dias. O juiz decide em 10 dias sobre as impugnações.

A avaliação da área e das benfeitorias será feita pelo laudo do agrimensor. As partes são ouvidas em 10 dias, e o juiz passa a partilhar a área (art. 979 do CPC). É elaborado, então, o auto de divisão, assinado pelo juiz, agrimensor e arbitradores. Tem-se, assim, a sentença homologatória de divisão. Por fim, cada título será levado a registro no Cartório de Registro de Imóveis.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Procedimentos Especiais

1. INVENTÁRIO E PARTILHA

1.1. Introdução

Matéria disciplinada pelo Código Civil, em seus artigos 1.572 e seguintes, especialmente nos artigos 1.770 a 1.807, e pelo Código de Processo Civil, em seus artigos 982 a 1.045.

O princípio fundamental do instituto em estudo é o princípio da *saisine*, que estabelece que a transmissão dos bens do *de cujus* para os herdeiros é automática.

O inventário é instituto que visa descrever, avaliar e liquidar todos os bens do *de cujus*.

O requisito fundamental do inventário é a existência de patrimônio. Não há, portanto, previsão em nosso ordenamento jurídico, embora admitido pela doutrina e jurisprudência, do denominado inventário negativo, que visa a declaração da inexistência de bens a serem partilhados. A finalidade do inventário negativo é constatar a inexistência de bens para a não-caracterização do previsto pelo artigo 183, inciso III, do Código Civil e sujeito à sanção do artigo 225 do mesmo Código. Há, portanto, o interesse na declaração de inexistência de bens para que o processo de habilitação de casamento tenha

curso regular, sem a incidência de qualquer sanção aos noivos que vierem a se casar.

1.2. Inventariante

O inventariante é o agente auxiliar do Juízo, designado segundo a ordem estabelecida em lei; visa administrar o acervo hereditário e promover o inventário e a partilha.

O artigo 990 do Código de Processo Civil apresenta um rol das pessoas que podem exercer a inventariança.

Estabelece o artigo 990 do Código de Processo Civil: "O juiz nomeará inventariante:

I o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de comunhão, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte desse;

II o herdeiro que se achar na posse e administração do espólio, se não houver cônjuge supérstite ou esse não puder ser nomeado;

III qualquer herdeiro, nenhum estando na posse e administração do espólio;

IV o testamenteiro, se lhe foi confiada a administração do espólio ou toda a herança estiver distribuída em legados;

V o inventariante judicial, se houver;

VI pessoa estranha idônea, onde não houver inventariante judicial;

Parágrafo único. O inventariante, intimado da nomeação, prestará, dentro de 5 dias, o compromisso de bem e fielmente desempenhar o cargo".

Tanto a doutrina como a jurisprudência entendem que, em caráter excepcional, será lícito ao juiz não observar a ordem legal de preferência.

O juiz não possui poder discricionário de escolha, devendo a ordem do artigo 990 do Código de Processo Civil ser obedecida. O mais próximo exclui o mais remoto. A ordem só deve ser alterada de maneira fundamentada, toda vez que houver necessidade. O Ministro Nilson Naves, em voto proferido perante a 3.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 88.296, proveniente de São Paulo, decidiu: "Inventariante. Remoção. Nomeação de dativo. A ordem de nomeação não é absoluta. O fato de não se observar a ordem não implica ofensa ao artigo 990. Caso em que a nomeação do inventariante se deve à necessidade de se eliminar as discórdias atuais e prevenir outras".

O inventariante tem obrigações processuais e extraprocessuais, sendo que incumbe-lhe um ônus processual, devendo prestar as primeiras e últimas declarações, exibir documentos, apresentar certidões e praticar todos os atos do processo. Fora do processo deve administrar o espólio e prestar contas de sua administração. Tem, inclusive, poder para alienar bens, efetuar despesas, pagar dívidas, promover melhoramentos e conservação dos bens. Os artigos 991 e 992, ambos do Código de Processo Civil, apresentam uma lista exemplificativa das incumbências do inventariante.

O artigo 995 do Código de Processo Civil estabelece as hipóteses de remoção do inventariante, podendo a mesma ser requerida por interessados ou pelo Ministério Público, podendo, ainda, o inventariante se defender, no prazo de cinco dias (art. 996 do CPC). São hipóteses de remoção:

"I se não prestar, no prazo legal, as primeiras e as últimas declarações;

II se não der ao inventário andamento regular, suscitando dúvidas infundadas ou praticando atos meramente protelatórios;

III se, por culpa sua, se deteriorarem, forem dilapidados ou sofrerem dano bens do espólio;

IV se não defender o espólio nas ações em que for citado, deixar de cobrar dívidas ativas ou não promover as medidas necessárias para evitar o perecimento de direitos;

V se não prestar contas ou as que prestar não forem julgadas boas;

VI se sonegar, ocultar ou desviar bens do espólio."

O procedimento da remoção do inventariante se dá por meio de incidente apensado aos autos principais, já que o juiz competente é o juiz do próprio inventário.

1.3. Procedimento do Inventário

O inventário tem duas fases em seu procedimento. A primeira visa levantar e verificar os bens integrantes do espólio. A segunda fase tem por objeto a divisão dos bens, verificados na primeira, entre os sucessores.

Conforme dispõe o art. 983 do Código de Processo Civil, o inventário deve ser requerido 30 dias a contar da abertura da sucessão, devendo ter seu termo final seis meses após. São prazos impróprios e a doutrina entende ser difícil o respeito aos mesmos.

Estabelece o artigo 987 do Código de Processo Civil que tem legitimidade para requerer o inventário, aquele que estiver na posse e administração do espólio. O documento essencial e indispensável é a certidão de óbito. O artigo 988 do mesmo instituto processual estabelece ter legitimidade concorrente:

"I o cônjuge supérstite;

II o herdeiro;

III o legatário;

IV o testamenteiro;

V o cessionário do herdeiro ou do legatário;

VI o credor do herdeiro, do legatário ou do autor da herança;

VII o síndico da falência do herdeiro, do legatário, do autor da herança ou do cônjuge supérstite;

VIII o Ministério Público, havendo herdeiros incapazes;

IX a Fazenda Pública, quanto tiver interesse".

O juiz, deferindo a petição inicial, nomeará um inventariante. O inventariante, em seguida, será intimado para, em cinco dias, prestar compromisso do múnus em que está sendo investido.

Conforme o artigo 993 do Código de Processo Civil, o inventariante fará as primeiras declarações 20 dias após ter prestado compromisso. As primeiras declarações são uma relação dos herdeiros e uma relação dos bens integrantes do espólio. Devem ser mencionadas as dívidas e as ações que envolvam o

autor. As primeiras declarações são fundamentais porque sobre elas se desenvolverá o inventário. Nas primeiras declarações os bens devem estar todos individualizados, inclusive com a declaração do estado em que se encontram e a relação de sucessores com menção a eventuais legados. Caso algum bem deixe de ser mencionado, ocorrerá sonegação, o que pode resultar em sanção ao inventariante.

Uma vez prestadas as primeiras declarações, são citados todos os herdeiros, os legatários e os credores. Estabelece o artigo 999 do Código de Processo Civil a citação da Fazenda Pública, do Ministério Público, esse último se houver herdeiro incapaz ou ausente, e do testamenteiro, se houver testamento. Pode ocorrer o comparecimento espontâneo desses, o que evita a citação.

Todos os citados receberão as primeiras declarações. O prazo comum é de dez dias para eventuais impugnações (art. 1.000 do CPC). A impugnação pode atingir três hipóteses:

- argüição de erros e omissões;
- reclamação contra a nomeação do inventariante;
- contestação quanto à qualidade de quem foi incluído no título de herdeiro.

O parágrafo único do artigo 1.000 do Código de Processo Civil estabelece que, se o juiz entender procedente a impugnação quanto à argüição de erros e omissões, deve mandar retificar as primeiras declarações. Acolhido o pedido de reclamação contra nomeação do inventariante, deve ser nomeado outro, observada a preferência legal. Tendo o juiz verificado a disputa sobre a

qualidade de herdeiro, remeterá a parte para os meios ordinários, sobrestado o processo em andamento por ser matéria de alta indagação.

Conforme determina o artigo 1.001 do Código de Processo Civil, aquele que entende ter sido preterido, pode pleitear sua admissão no inventário, requerendo-o antes da partilha. A parte contrária será ouvida e o juiz decidirá em dez dias. A parte pode se valer das vias ordinárias, caso o juiz não acolha o pedido; contudo, deve o juiz reservar, em poder do inventariante, o quinhão do herdeiro excluído até a decisão do litígio.

Na fase seguinte, após o juiz ter decidido a impugnação, ou ante a sua inexistência, o juiz nomeará um perito para avaliar os bens do espólio, se não houver na Comarca avaliador judicial (art. 1.003 do CPC). Pode o juiz nomear um contador para apurar os haveres, nas hipóteses do artigo 993 do Código de Processo Civil.

Após a avaliação, o juiz abre o prazo de dez dias para as partes manifestarem-se sobre o laudo, podendo impugnar o valor atribuído. Cabe ao juiz decidir a impugnação e, dependendo da hipótese, retificar a avaliação.

A avaliação pode ser dispensada se todas as partes forem capazes e a Fazenda Pública concordar com o valor atribuído aos bens. Ainda que a Fazenda Pública discorde e apresente outro valor, concordando as partes com o valor atribuído, evitar-se-á a avaliação. Sendo a discordância parcial, a avaliação também será parcial.

Encerrada a fase de avaliações, o inventariante prestará as últimas declarações, podendo nessa oportunidade emendar, aditar ou completar as primeiras.

Prestadas as últimas declarações, todas as partes têm o prazo comum de dez dias para se manifestarem. Ouvidas as partes, proceder-se-á ao cálculo do

imposto de transmissão *causa mortis* efetuado pelo contador judicial; após, as partes serão ouvidas, no prazo comum de cinco dias, e em seguida será ouvida a Fazenda Pública.

Caso o inventariante não tenha efetuado o pagamento das dívidas de forma espontânea, os credores podem requerer, antes da partilha, o seu pagamento.

A cobrança de dívidas do *de cujus*, nos autos do inventário, pelos credores, deve ser feita por petição inicial, acompanhada de prova literal da dívida. Será distribuída por dependência e apensa aos autos do inventário.

O procedimento está previsto nos artigos 1.017 a 1.021 do Código de Processo Civil.

1.4. Partilha

Encerrado o inventário, a fase seguinte é a divisão dos bens entre os herdeiros e legatários, ou seja, a partilha.

Separados os bens suficientes para pagamento dos credores, o juiz concederá às partes o prazo de dez dias para formular o seu pedido de quinhão. Segue-se com um esboço de partilha, devendo o partidor judicial seguir as orientações constantes em decisão deliberada pelo juiz.

As partes são ouvidas sobre o esboço de partilha, no prazo comum de cinco dias, podendo formular reclamações, que serão decididas pelo juiz. Resolvidas todas as questões, a partilha será lançada nos autos, que é formado por duas partes:

- auto de orçamento, contendo as individualizações;

- folha de pagamento, contendo a descrição dos bens que integram cada quinhão, suas características, e a que título cada parte os está recebendo.

O pagamento do imposto de transmissão *causa mortis* é obrigatório, antes da homologação da partilha (art. 1.026 do CPC).

Passada em julgado a sentença da partilha, cada herdeiro receberá um formal de partilha (art. 1.027 do CPC), que poderá ser substituído por certidão de pagamento de quinhão hereditário, quando esse não superar cinco salários mínimos.

1.5. Arrolamento

Arrolamento é forma simplificada de inventário, caracterizado pela redução dos atos formais ou de solenidades. É de plano homologado pelo juiz mediante prova de quitação dos tributos, ou quando o valor dos bens é igual ou inferior a 2 mil ORTNs, que correspondem a 13.840 BTNs.

Na petição inicial, os herdeiros, independentemente de compromisso, requerem a nomeação de inventariante e formulam a proposta de partilha (art. 1.032 do CPC).

O juiz solucionará todas as questões suscitadas pelas partes e pelo Ministério Público, deliberando sobre a partilha.

Com o trânsito em julgado da partilha, será expedido o respectivo formal (ou carta de adjudicação).

2. HABILITAÇÃO

Habilitação é procedimento previsto pelos artigos 1.055 a 1.062 do Código de Processo Civil. Tem por finalidade promover a sucessão do autor ou do réu que vier a falecer no curso da relação processual.

Com a morte de qualquer das partes, cessando os direitos de personalidade e todas as relações jurídicas, ocasiona-se a suspensão do processo. Cessa tanto a *legitimatio ad causam* quanto a *legitimatio ad processum,* e os sucessores do falecido precisam integrar a relação jurídica processual para que essa possa ter desenvolvimento válido.

A habilitação, portanto, é procedimento especial que visa trazer os sucessores do falecido para o processo, de forma a viabilizar o seu prosseguimento. A habilitação pode acontecer em qualquer fase do processo.

O juiz não pode, de ofício, dar início ao processo de habilitação, devendo esta ser requerida (art. 1.056 do CPC):

- pela parte, em relação aos sucessores do falecido;
- pelos sucessores do falecido, em relação à parte.

A petição inicial deve preencher os requisitos dos artigos 282 e 283, ambos do Código de Processo Civil.

De acordo com o artigo 1.057 do Código de Processo Civil, o juiz determina a citação dos requeridos para contestação no prazo de cinco dias.

Havendo prova documental do óbito e da qualidade de sucessor, por parte dos sucessores e do cônjuge, a habilitação pode ocorrer nos autos principais e que ainda estejam sem sentença. Encerrada a habilitação, o juiz reconhece a condição do sucessor, retornando o processo principal ao seu curso normal.

3. RESTAURAÇÃO DE AUTOS

Os autos constituem a parte física do processo, ou seja, constituem a documentação escrita dos atos e termos praticados no processo.

A ação de restauração de autos está prevista do Código de Processo Civil, em seus artigos 1.063 a 1.069. A restauração de autos tem por finalidade recompor autos, ainda em curso, quando não houver autos suplementares. O desaparecimento dos autos pode ocorrer por qualquer motivo, quais sejam, perda, destruição, deterioração.

Qualquer das partes tem legitimidade para propor a ação, bastando o desaparecimento dos autos (art. 1.063 do CPC).

O autor declarará o estado da causa ao tempo do desaparecimento e oferecerá os documentos que dispuser na petição inicial, conforme determina o artigo 1.064 do Código de Processo Civil. A parte contrária será citada para contestar no prazo de cinco dias, juntando os documentos que tiver em seu poder.

O réu pode concordar com a restauração; nesse caso, lavrar-se-á um auto assinado pelas partes e homologado pelo juiz. Havendo discordância, o juiz sentenciará, em cinco dias, sobre os fatos que devem ser alegados em contestação, e designará audiência de instrução e julgamento. Se o desaparecimento ocorreu antes da audiência de instrução e julgamento, não haverá necessidade de retroação de atos. Se ocorrer depois, a audiência precisará ser refeita.

4. VENDA A CRÉDITO COM RESERVA DE DOMÍNIO

A venda a crédito com reserva de domínio é o contrato em que o vendedor, de coisa móvel infungível, reserva para si a propriedade do bem até o momento em que ocorra o pagamento integral do preço por parte do comprador. Ocorre nas vendas a crédito, com investidura do adquirente na posse. É uma condição suspensiva, em que evento incerto e futuro é o pagamento integral do preço. A transmissão da propriedade fica suspensa, até o pagamento integral do preço ajustado.

O credor, em face ao inadimplemento do devedor-comprador, tem duas opções:

- cobrar o preço, executando o título executivo de que dispõe;
- rescindir o contrato e retomar a coisa.

O vendedor, nesse segundo caso, propõe ação de busca e apreensão, requerendo liminar, sem oitiva da outra parte, para apreensão e depósito da coisa.

Esse contrato, de compra e venda com reserva de domínio, é formal; deve ser escrito. Além do contrato, a mora precisa estar demonstrada. Logo em seguida, o juiz nomeia um perito, que vistoria a coisa e arbitra o valor (art. 1.071, § 1.º). A vistoria antecipada da coisa é indispensável para evitar discussão sobre o perecimento e a deterioração do objeto.

O réu-comprador tem a oportunidade de purgar a mora, se já pagou mais de 40% do preço pactuado. Nesse caso, terá 30 dias para quitar as prestações vencidas, acrescidas de juros, honorários e custas. Purgada a mora, o bem é restituído ao comprador, e o contrato remanesce. Ocorrendo novo inadimplemento, o réu terá nova oportunidade de purgar a mora.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Procedimentos Especiais

1. AÇÃO MONITÓRIA

Ação monitória é o instrumento processual colocado à disposição do credor de quantia certa, de coisa fungível ou de bem móvel, que esteja munido de documento escrito sem força executiva, e que queira receber o que lhe é devido.

A ação monitória é ação de conhecimento, tipificada nos procedimentos especiais, de acordo com a maioria da doutrina, notadamente na obra e José Rogério Cruz de Tucci.

A ação monitória é opção do credor, ou seja, o credor pode valer-se das ações tradicionais, pelo procedimento comum.

A vantagem da ação monitória é que, se o réu não opuser resistência, chega-se mais rapidamente à formação do título executivo.

É necessário documento escrito comprovando a dívida.

Quando a petição inicial não estiver em termos, o juiz determinará oportunidade para o autor emendar a petição inicial em dez dias, sob pena de indeferimento.

Se a petição inicial estiver devidamente instruída, o juiz deve proferir a decisão inicial, deferindo de plano a expedição do mandado de pagamento ou

de entrega da coisa, no prazo de 15 dias (art. 1.102b do CPC).

O réu pode:

- *pagar ou entregar a coisa*: o juiz profere sentença extinguindo a monitória, com julgamento de mérito;
- *defender-se*: o artigo 1.102c faculta ao réu, no prazo de 15 dias, oferecer embargos, suspendendo a eficácia do mandado inicial;
- *omitir-se:* o réu, permanecendo inerte, constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo.

Portanto:

- O réu pagando no prazo de 15 dias, espontaneamente, fica dispensado de pagar as custas e os honorários advocatícios.
- Em o réu se omitindo, aquilo que era ação monitória, converte-se de plano em execução.
- Se decorrer *in albis* o prazo de 15 dias, a decisão inicial ganha força de sentença. Logo, o juiz deve expedir mandado para citar o réu para pagar ou nomear bens à penhora.

O réu é citado para se defender por meio de embargos. Porém, há uma dúvida quanto à natureza desses embargos. Existe uma discussão para se saber se os embargos têm natureza de ação autônoma ou de contestação.

Para o Prof. Marcus Vinícius Rios Gonçalves[1]: "Parece-nos, no entanto,

[1] GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Procedimentos Especiais*. São Paulo: Saraiva,1999. p.163. (Sinopses Jurídicas):

que não há razão para considerar os embargos como ação autônoma. Na verdade, eles constituem mera defesa do devedor, de natureza jurídica idêntica a uma verdadeira contestação".

O procedimento torna-se ordinário, não vislumbrando impedimentos a que o devedor apresente reconvenção.

Apresentada a defesa, a decisão inicial não ganha eficácia de sentença, valendo como interlocutória.

1.1. Citação   Art. 213 do Código de Processo Civil

A citação é o ato pelo qual se dá ciência ao réu ou ao interessado, da existência do processo, abrindo-se oportunidade para apresentação de defesa.

Embora a lei não diga, ao determinar a expedição do mandado, o juiz deve também mandar citar o réu.

2. ALIENAÇÕES JUDICIAIS

2.1. Introdução e Natureza Jurídica

Trata-se de procedimento especial de jurisdição voluntária previsto nos artigos 1.113 a 1.119 do Código de Processo Civil.

O artigo 1.113 do Código de Processo Civil estabelece que "nos casos expressos em lei e sempre que os bens depositados judicialmente forem de

fácil deterioração, estiverem avariados ou exigirem grandes despesas para a sua guarda, o juiz, de ofício ou a requerimento do depositário ou de qualquer das partes, mandará aliená-los em leilão.”

Quando a alienação for requerida por uma das partes, o juiz ouvirá sempre a outra antes de decidir.

2.2. Meio Adequado

A alienação deve ocorrer por meio de um leilão. Caso todos os interessados tenham plena capacidade civil e concordem expressamente, é possível a alienação independentemente de leilão. O juiz deve sempre, antes de autorizar, ouvir todos os interessados.

A necessidade de se manifestarem todos os interessados existe, já que pode ocorrer de qualquer deles se comprometer a satisfazer ou garantir as despesas de conservação do bem depositado, ocasião em que não haverá mais alienação.

2.3. Avaliação

O juiz deverá nomear um perito para proceder à avaliação dos bens a serem alienados, salvo se os bens já tiverem sido avaliados antes e não sofreram alteração em seu preço.

O artigo 1.115 do Código de Processo Civil deixa claro que o bem será vendido pelo preço alcançado, ainda que seja inferior ao valor da avaliação.

O escopo da avaliação é possibilitar que o interessado não perca o objeto por preço vil.

Como qualquer leilão, deverá haver publicidade precedente à alienação. Devem ser expedidos, portanto, editais de forma similar aos editais de execução.

2.4. Efeitos da Alienação

Não é possível o imediato levantamento de numerário referente à alienação por credores ou titulares da coisa, já que existe uma sub-rogação do preço alcançado nos ônus ou responsabilidades a que estão sujeitos os bens. O valor deve remanescer depositado até serem deduzidas as despesas com alienação e somente após o desconto das despesas é que deve haver o levantamento.

2.5. Observações

Quando a alienação for de coisa comum, será preferido, em igualdade de condições, o condômino ao estranho; entre os condôminos, o que tiver benfeitorias de maior valor; e, se não houver benfeitorias, o condômino proprietário do maior quinhão.

Dispõe o artigo 1.119 que "verificada a alienação de coisa comum sem observância das preferências legais, o condômino prejudicado poderá requerer, antes da assinatura da carta, o depósito do preço e adjudicação da coisa."

3. SEPARAÇÃO CONSENSUAL

3.1. Introdução

A separação configura um dos meios de dissolução da sociedade conjugal. Apesar de não romper o vínculo matrimonial, ela faz cessar o complexo de direitos e obrigações inerente à vida comum dos cônjuges.

A ação de separação judicial é sempre pessoal e intransferível. Apenas os cônjuges têm iniciativa para propô-la.

Os artigos 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil dispõem sobre o procedimento da separação consensual. O artigo 34 da Lei n. 6.545/77 trouxe alguns acréscimos ao tema.

3.2. Procedimento

O foro competente para apreciar o pedido é o do domicílio do casal. Compete ao juiz apenas a homologação da manifestação de vontade dos interessados – administração pública de interesses de privados.

A petição inicial será assinada por ambos os cônjuges na presença do juiz (art. 34, § 4.º, da LD), ou as assinaturas serão reconhecidas por tabelião. Caso algum deles não saiba assinar, é lícito que outrem assine a rogo.

O primeiro documento fundamental que deve instruir a inicial é a certidão de casamento, para que o juiz verifique se as partes estão casadas há pelo menos dois anos, conforme exige o artigo 4.º da Lei do Divórcio. Também é indispensável o contrato pré-nupcial – se houver –, certidão de

nascimento dos filhos e documentos relativos aos bens a partilhar (ver art. 1.121 do CPC).

Nada precisa estar mencionado sobre os motivos da separação, já que o juiz só está preocupado com os efeitos desta.

O cônjuge, que estiver usando o nome do outro, tem a opção de manter ou retirá-lo, já que a separação é consensual e não se discute culpa, fator que poderia ensejar a perda do nome.

O procedimento possui uma fase preliminar na qual o juiz ouve o casal particularmente. Essa é uma audiência informal que não mantém um procedimento-padrão. O juiz pode ouvir os dois na mesma sala, ou ouvir cada qual isoladamente, sem a presença do escrivão, do advogado ou qualquer pessoa. A privacidade é muito importante para que o juiz verifique a real vontade das partes. O juiz também se vale dessa audiência para verificar a melhor proteção aos filhos.

Conforme determina o artigo 34, § 2.º, da Lei do Divórcio, o juiz não é obrigado a homologar a separação se verificar que o acordo não atende a interesses de um dos cônjuges ou da prole.

Quando o juiz verifica que a petição está em ordem e que a vontade dos cônjuges é inequívoca, determina que se lavre o termo de separação consensual, podendo, ainda, alterar algumas cláusulas com a anuência das partes.

Lavrado o termo, deve o Ministério Público ser ouvido, no prazo de cinco dias, homologando o juiz, logo a seguir, a separação e determinando que se averbe no Registro Civil e no Registro de Imóveis. Na prática, o órgão do Ministério Público se manifesta antes de o juiz ouvir o casal, agilizando o procedimento.

Caso qualquer dos cônjuges não tenha certeza de que quer se separar, compete ao juiz redesignar a audiência, dando de 15 a 30 dias para as partes refletirem. Caso não ocorra a ratificação, o processo será arquivado.

4. TESTAMENTOS E CODICILOS

4.1. Introdução

O Código Civil ao regular os testamentos apresenta uma classificação trifásica. De um lado, temos os testamentos ordinários, que são os testamentos públicos, particulares e cerrados. Do outro lado, temos os testamentos especiais, que são os testamentos marítimo e militar. Por fim, temos o codicilo que remanesce numa categoria autônoma.

4.2. Objeto

O grande objetivo desse procedimento de jurisdição voluntária é o exame das solenidades exigíveis para a validade formal do testamento. O objeto não é a análise do conteúdo do testamento, muito menos a interpretação das suas cláusulas.

4.3. Testamento Cerrado

Testamento cerrado é aquele que o próprio testador, ou alguém por sua ordem, redige, e que, após escrito, é apresentado e lacrado pelo tabelião na

presença de cinco testemunhas. Uma vez apresentado ao juiz, após a abertura da sucessão, compete ao mesmo verificar se está intacto. Comprovada a ausência de vícios visíveis, o juiz abre o testamento e manda que o escrivão o leia na presença de quem o entregou. É lavrado o auto de abertura, contendo a data e o local em que testamento foi aberto. Deve conter, ainda, dados do apresentante, a data e o lugar do falecimento do testador e qualquer circunstância digna de nota, encontrada no invólucro ou no interior do testamento. O auto terá a rubrica do juiz.

Após a lavratura do auto, manifesta-se o órgão do *parquet* e o juiz manda registrar, publicar e cumprir o testamento. Só não haverá cumprimento do testamento se houver violação do mesmo. O escrivão deverá, ainda, no prazo de oito dias, remeter cópia do testamento à repartição fiscal.

O escrivão deverá, também, intimar o testamenteiro para, em cinco dias, formalizar o seu compromisso da testamentária. Caso não haja testamenteiro nomeado, ou se por qualquer motivo o encargo não seja assumido, lavrar-se-á certidão, competindo então ao juiz nomear um testamenteiro dativo.

4.4. Testamento Público

Testamento público é aquele escrito por um tabelião em livro de notas, de acordo com a vontade do testador, na presença de cinco testemunhas.

Qualquer interessado, mediante apresentação de certidão de testamento, poderá requerer ao juiz que ordene o seu cumprimento. O procedimento, a partir daí, será o mesmo do testamento cerrado.

4.5. Testamento Particular

Testamento particular é aquele inteiramente escrito e assinado pelo testador.

O testamento particular tem o procedimento mais completo, já que, por não ter tido a participação do Estado, precisa, além da aferição de seus requisitos formais, de sua confirmação. Deve ser elaborada uma petição inicial pelo herdeiro, pelo legatário ou pelo testamenteiro, requerendo a publicação em juízo do testamento, inquirindo-se as testemunhas que ouviram a leitura do mesmo e o assinaram. A petição deve estar instruída com a cédula do testamento particular. Serão intimados para a inquirição aqueles a quem caberia a sucessão legítima, o testamenteiro, os herdeiros e os legatários que não tiverem requerido a publicação e o Ministério Público. O juiz deve, ainda, designar uma audiência, devendo ouvir pelo menos três das referidas testemunhas. Estas devem confirmar que o testador era capaz, que conheciam o teor do testamento e que todas as assinaturas eram verdadeiras. O interessado pode argüir vício em cinco dias.

4.6. Testamentos Especiais e Codicilos

As disposições referentes à confirmação do testamento particular (arts. 1.130 a 1.133 do CPC) aplicam-se também aos testamentos especiais e codicilos.

5. HERANÇA JACENTE

5.1. Introdução

Conforme menciona o artigo 1.591 do Código Civil: "Não havendo testamento, a herança é jacente, e ficará sob a guarda, conservação, e administração de um curador: I – se o falecido não deixar cônjuge, nem herdeiros, descendentes ou ascendente, nem colateral sucessível, notoriamente conhecido; II – se os herdeiros, descendentes ou ascendentes, renunciarem a herança, e não houver cônjuge, ou colateral sucessível, notoriamente conhecido".

Segundo o artigo 1.592: "Havendo testamento, observar-se-á o disposto no artigo antecedente: I – se o falecido não deixar cônjuge, nem herdeiros descendentes ou ascendentes; II – se o herdeiro nomeado não existir, ou não aceitar a herança; III – se, em qualquer dos casos previstos nos dois números antecedentes, não houver colateral sucessível, notoriamente conhecido; IV – se, verificada algumas das hipóteses dos três números anteriores, não houver testamenteiro nomeado, o nomeado não existir, ou não aceitar a testamentária".

O objeto desse procedimento é a proteção de eventuais herdeiros, procurando evitar que a herança seja transmitida automaticamente ao Município. Para esse fim, os bens arrecadados deverão ficar sob a guarda, conservação e administração de um curador, pessoa que representa a herança, cuidando dos bens como se fossem seus.

5.2. Procedimento

O procedimento tem início com a arrecadação. O juiz da Comarca em que o falecido tinha domicílio, de ofício ou a pedido de qualquer interessado ou do Ministério Público, determinará a arrecadação sem perda de tempo de todos os bens que componham a herança jacente, nomeando o curador. O próprio juiz, acompanhado do escrivão e do curador, deverá ir à residência do falecido. O juiz determinará ao escrivão que arrole os bens. Deverá haver uma descrição minuciosa por meio de auto circunstanciado. Após, o juiz nomeará um depositário para, mediante compromisso, permanecer com os bens encontrados. O promotor de justiça e o representante da Fazenda Pública também acompanharão o procedimento.

Caso não seja possível a arrecadação no mesmo dia, o juiz determinará que se aponham selos nos bens, que serão levantados à medida que a arrecadação se proceda.

Documentos e papéis serão examinados reservadamente pelo juiz que mandará empacotar e lacrar. Se a herança se tornar vacante, eles serão queimados (art. 1.147 do CPC).

Caso o juiz não possa proceder à diligência, determinará que a autoridade policial proceda à arrecadação e ao arrolamento dos bens, assistida por duas testemunhas. Caso existam bens em outra comarca serão arrecadados por carta precatória.

Encerrada a arrecadação, o juiz mandará expedir edital, por três vezes, com intervalo de 30 dias, para que os sucessores venham habilitar-se, no prazo de seis meses, contados da primeira publicação. Caso se apresente algum sucessor, será convertida a arrecadação em inventário.

Após um ano, contado da primeira publicação, se nenhum herdeiro tiver

se habilitado, a herança será declarada vacante.

Os bens serão entregues ao Município, após cinco anos da abertura da sucessão, ocasião em que serão incorporados pelo ente.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Procedimentos Especiais

1. DOS BENS DOS AUSENTES

1.1. Conceito de Ausência

Considera-se juridicamente ausente a pessoa que, tendo desaparecido de seu último domicílio sem dar notícias, deixou bens ao desamparo, sem representante para administrá-lo.

O problema não surge apenas com o desaparecimento da pessoa, mas sim quando essa deixa bens ao desamparo, tendo em vista o interesse da sociedade na manutenção dos bens para a riqueza social.

A declaração de ausência será feita sempre que presente as hipóteses dos artigos 463 e 464 do Código Civil, combinados com o artigo 1.159 do Código de Processo Civil.

1.2. Fases do Procedimento

Para garantir a celeridade do ato temos três fases distintas no procedimento de declaração de ausência:

- *curadoria do ausente*: visa à proteção do patrimônio do ausente;
- *sucessão provisória*: pressupõe o não-comparecimento do ausente;

- *sucessão definitiva*: presume-se a morte do ausente.

1.3. Curadoria do Ausente

Na primeira fase do procedimento de declaração de ausência, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, arrecadará todos os bens e nomeará curador para administrá-los.

A escolha do curador será feita com observância das regras de preferência, constantes dos artigos 466 e 467 do Código Civil.

O curador será o cônjuge do ausente, sempre que este não estiver separado judicialmente (art. 466 do CC). Na falta ou impedimento do cônjuge, o juiz nomeia primeiro os ascendentes e, depois, os descendentes.

Comparecendo o ausente, estará cessada a curadoria e extinto o processo por sentença (art. 1.162, inc. I, do CPC). Comprovada a morte do ausente, também cessará a curadoria (art. 1.162, inc. II, do CPC).

1.4. Sucessão Provisória

Depois de um ano da publicação do primeiro edital sem que se saiba do ausente e não tendo comparecido seu procurador ou representante, poderão os interessados requerer a sucessão provisória (art. 1.163, *caput*, do CPC).

O § 1.º do artigo 1.063 considera interessados, para efeito de requerer a sucessão provisória:

I – o cônjuge não separado judicialmente;

II – os herdeiros presumidos legítimos e os testamentários;

III os que tiverem sobre os bens do ausente direito subordinado à condição de morte;

IV – os credores de obrigações vencidas e não pagas.

Caso nenhum interessado se apresente, a abertura da sucessão provisória poderá ser requerida pelo Ministério Público.

O artigo 1.165 do Código de Processo Civil estabelece: “A sentença que determina a abertura da sucessão provisória só produz efeito seis meses depois de publicada pela imprensa; mas, logo que passe em julgado, se procederá à abertura do testamento, se houver, e ao inventário e partilha dos bens, como se o ausente fosse falecido”.

Os herdeiros darão caução de restituir os bens do ausente. A garantia é exatamente para a hipótese da volta do ausente (art. 1.166 do CPC).

Estabelece o artigo 1.167 que a sucessão provisória cessará com o comparecimento do ausente, acarretando aos herdeiros a obrigação de restituir todos os bens recebidos sob caução.

1.5. Sucessão Definitiva

A sucessão provisória converter-se-á em definitiva quando (art. 1.167 do CPC):

I – houver certeza da morte do ausente;

II – dez anos depois de passada em julgado a sentença de abertura da sucessão provisória;

III – ausente contar com 80 anos de idade e houver decorrido 5 anos das últimas notícias suas.

A sucessão é quase definitiva reaparecendo o ausente, ou algum dos seus descendentes ou ascendentes, nos dez anos subseqüentes à abertura da sucessão definitiva. Esses poderão requerer ao juiz a entrega dos bens existentes no estado em que se acharem.

Se o ausente regressar após os dez anos da abertura da sucessão definitiva, nenhum direito mais poderá ser reclamado pelo ausente ou por seus herdeiros (art. 483 do CC).

2. COISAS VAGAS

2.1. A Ocupação, a Caça, a Pesca, a Invenção e o Tesouro

Ocupação é um modo originário de aquisição de bem móvel, que consiste na tomada de posse de coisa de ninguém (*res nullius*) ou de coisas abandonadas (*res derelicta*).

Diferentemente é a coisa vaga, que é coisa perdida pelo dono e achada por outrem. Essa, embora perdida, não deixa de pertencer a seu dono e deve ser restituída sob pena de configurar-se crime de apropriação indébita.

O Código Civil disciplina, também, a caça e a pesca, como modos de apropriação.

A invenção é modo originário de aquisição da propriedade móvel perdida por seu dono. Inventor é a pessoa que encontra.

O artigo 603 do Código Civil dispõe: “Quem quer que ache coisa alheia, há de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor”.

Tesouro é o depósito antigo de moedas ou coisas preciosas, enterradas ou ocultas, de cujo dono não haja memória (art. 607 do CC).

2.2. Procedimento

Quem acha coisa móvel alheia, tem o dever de restituí-la ao dono ou possuidor. Como normalmente não se sabe quem é o dono, deve-se entregá-la à autoridade judiciária ou policial, que arrecadará a coisa, mandando lavrar o respectivo auto, constando a sua descrição e as declarações do inventor, que será encaminhada ao juiz competente. Nesse auto é feita a descrição minuciosa da coisa, seu estado e seu inventor. Ainda deve ser descrito o local onde a coisa móvel alheia foi encontrada e as circunstâncias em que a coisa foi achada (art. 1.170 do CPC).

O artigo 1.171 do Código de Processo Civil estabelece que, após as providências do artigo antecedente, deve ser publicado edital, por duas vezes, com intervalo de dez dias, no órgão oficial, com a finalidade de que o legítimo dono a reclame. O edital será apenas afixado no átrio do edifício do *forum*, se a coisa for de pequeno valor.

Comparecendo o dono ou o legítimo possuidor, ser-lhe-á entregue a coisa (art. 1.172 do CPC). Não comparecendo, a coisa será avaliada e alienada em hasta pública e deduzidas do preço as despesas e a recompensa do inventor. Caso o proprietário resolva abandonar a coisa, o inventor poderá adjudicá-la.

3. CURATELA DOS INTERDITOS

3.1. Conceito de Curatela

A curatela é instituto de proteção, semelhante à tutela. É encargo deferido por lei a alguém para reger a pessoa e administrar os bens de que não pode fazê-lo por si mesmo. A curatela é destinada à proteção do incapaz maior, através de um encargo público.

3.2. Sujeitos

- *Curador*: é o sujeito ativo da curatela, a quem incumbe o ônus de seu exercício.
- *Curatelado*: é sujeito passivo da curatela, a quem a curatela visa proteger.

3.3. Interdição

Interdição é procedimento de jurisdição voluntária, que tem por finalidade declarar a incapacidade, absoluta ou relativa, das pessoas que não podem, sozinhas, exercer os atos da vida civil.

Estão sujeitos à interdição os loucos de todo o gênero; os surdos-mudos que não podem exprimir a sua vontade; os toxicômanos, também inaptos para manifestarem-se livremente; e os pródigos.

3.3.1. Legitimidade passiva para promover a interdição

O artigo 1.177 do Código de Processo Civil estabelece que: “a interdição pode ser promovida:

I – pelo pai, mãe ou tutor;

II – pelo cônjuge ou algum parente próximo;

III – pelo órgão do Ministério Público.

Com exceção ao Ministério Público, não há grau de preferência na enunciação dos legitimados, sendo sua legitimidade plena nos casos de anomalia psíquica do interditando e nos demais casos subsidiários. Desde que haja inércia dos familiares, o Ministério Público pode requerer a interdição de qualquer incapaz por anomalia psíquica. Não sendo autor da herança, o Ministério Público intervirá como *custos legis*.

3.3.2. Procedimento de interdição

Matéria disciplinada nos artigos. 1.177 e seguintes do Código de Processo Civil.

A petição inicial, interposta por qualquer um dos mencionados no artigo 1.177 do Código de Processo Civil, será instruída com a prova do fato (art. 1.180 do CPC).

O interditando será citado para interrogatório (art. 1.181 do CPC). Após audiência, dentro de cinco dias, poderá impugnar o pedido de interdição.

Qualquer parente sucessível poderá constituir advogado em favor dele. Se ninguém o fizer, o juiz deverá nomear advogado que defenda os interesses do incapaz, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório.

"A sentença que decretar a interdição nomeará curador ao incapaz, observando, de preferência, a ordem dos arts. 454 e 455 do Código Civil, e indicará os limites da curatela, produzindo efeitos desde logo, posto sujeita à apelação. Isso significa que o recurso será recebido apenas no efeito devolutivo."[1]

4. ORGANIZAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DAS FUNDAÇÕES

4.1. Principais Características

O artigo 24 do Código Civil estabelece que, para a criação de uma fundação, far-lhe-á o seu instituidor, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina. O artigo 18 do mesmo diploma complementa dispondo que, uma vez inscrita no Registro Civil competente, adquire a fundação qualidade de pessoa jurídica de direito privado.

Os fins da fundação são permanentes e não podem ser modificados pelos administradores (art. 28, inc. II, do CC).

[1] GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Procedimentos Especiais*. São Paulo: Saraiva, 1999. p.187-188. (Série Sinopse, 13)

4.2. Formação da Fundação

Quatro são as fases necessárias para a formação de uma fundação:

- *Dotação ou instituição*: o instituidor reserva em seu patrimônio bens livres, para a instituição da fundação, especificando a finalidade para a qual será direcionada. A instituição deve ser feita por escritura pública ou por testamento (art. 24 do CC).

- *Elaboração dos estatutos*: é possível que o próprio instituidor redija o estatuto, bem como indique alguém para fazê-lo (art. 1.199 do CPC). Caso o instituidor não elabore o estatuto, nem indique alguém para fazê-lo (elaboração fiduciária dos estatutos), a incumbência passará ao Ministério Público.

- *Aprovação dos estatutos*: o interessado submeterá o estatuto ao Ministério Público para aprovação. Esse, o Ministério Público, poderá assumir três posições: aprová-lo; negá-lo por completo; ou exigir que sejam feitas alterações ou adaptações nos estatutos. Tendo o Ministério Público reprovado os estatutos constitutivos, o interessado pode requerer ao juiz que supra a necessidade de aprovação.

- *Registro*: matéria prevista na Lei de Registros Públicos, iniciando a existência legal, com o efetivo registro.

4.3. Extinção da Fundação

A extinção da fundação será sempre judicial e poderá ocorrer se:

- tornar-se nociva a mantença da fundação (art. 30 do CC);
- ilicitude do objeto (art. 1.204, inc. I, do CPC);
- impossível a sua manutenção (art. 1.204, inc. II, do CPC);
- vencido o prazo de sua existência (art. 1.204, inc. III, do CPC).

4.4. Organização e Fiscalização das Fundações

Matéria prevista no artigos 1.199 a 1.204 do Código de Processo Civil. Visa ao controle sobre as fundações, já que o patrimônio dessas é importante para a sociedade.

Muito embora a criação da fundação seja de inteira liberdade do instituidor, o controle e a administração de seu patrimônio é competência do Ministério Público, já que o interesse, que é o objeto da fundação, é sempre social.

Com a aprovação pelo Ministério Público, o procedimento de instituição vê-se quase completo, faltando apenas seu registro.

5. ESPECIALIZAÇÃO DA HIPOTECA LEGAL

Procedimento previsto nos artigos 1.205 a 1.210 no Código de Processo Civil, destina-se a especificar qual imóvel irá garantir a dívida decorrente da responsabilidade existente. Objetiva a declaração da estimativa da

responsabilidade e a especificação do imóvel sobre o qual recairá a garantia real.

O pedido de especialização é formulado tanto pelo próprio devedor quanto por qualquer outro interessado, e pelo Ministério Público.

O pedido vem instruído com a prova do domínio dos bens, livres de ônus, e a declaração da estimativa que o proponente entende correta.

Caso a iniciativa seja do próprio responsável, serão citados os beneficiários. Caso os beneficiários tenham tido a iniciativa, será citado o devedor.

A avaliação dos bens e a estimativa da responsabilidade correrão mediante perícia (art. 1.206 do CPC).

Se todos os interessados foram capazes, a especialização poderá ser convencionada por escritura pública, sendo desnecessária a intervenção judicial (art. 1.210 do CPC).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

MÓDULO VII

No item ***2.9.1. Rito sumário***, no terceiro parágrafo, onde se lê “Na audiência de conciliação, havendo conciliação, lavra-se o termo que gera título extrajudicial”, leia-se “Na audiência de conciliação, havendo conciliação, lavra-se o termo que gera título judicial”.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL – EXERCÍCIOS OBJETIVOS

MÓDULO I

Prezados alunos, Encaminhamos em anexo revisões a respeito dos exercícios objetivos de n. 2 e 5 , referentes ao módulo e matéria acima epigrafados.

Quanto ao Exercício n.2

Por favor, pedimos desconsiderar o exercício 2 de Direito Processual Civil, constante do módulo I, e substituir pela questão a seguir:

2. Aponte entre os itens subseqüentes as afirmativas contidas no próximo, que correspondam a verdade científica acerca do direito intertemporal:

I) há distinção entre retroatividade e sua aplicação imediata a situações pendentes quando entra em vigor;

II) no direito processual intertemporal prevalece o princípio do chamado isolamento dos atos processuais, por respeito à eficácia dos atos processuais já realizados, aplicando-se a nova Lei, ao processo, apenas para os atos não praticados, a partir de sua vigência;

III) a regra geral do direito processual intertemporal é de que se aplica a lei nova aos processos pendentes, respeitando o período de vigência da anterior;

IV) é possível falar-se em direito adquirido de cunho processual, após a quebra da inércia da jurisdição, como no caso de a lei nova afastar o controle jurisdicional referente a uma determinada situação.

a) estão corretos os itens I, II e III;
b) estão corretos os itens I e II;
c) apenas o item I é inaceitável;
d) todos os itens estão corretos.

Cabe ressaltar que o gabarito (que indica a letra “d”) está correto.

Quanto ao Exercício n. 5

A assertiva I, abaixo, apresentava erro gráfico, pois trazia a palavra *"relativa"*, ao invés da expressão *"absoluta"*, devidamente corrigida e grafada em destaque, para melhor compreensão, na questão abaixo. Já a assertiva IV, teve a palavra ***não*** inserida em seu texto.

5. Julgue os itens abaixo.

I. A incompetência *absoluta* pode ser argüida em preliminar, na contestação.

II. É vedado à parte que ofertou exceção de incompetência suscitar conflito de competência.

III. Depois da contestação, é lícito deduzir novas alegações relativas a direito superveniente.

IV. Nos conflitos de competência que suscitar, o Ministério Público não terá qualidade de parte.

Estão certos os itens:

a) I e II;
b) III e IV;
c) I, II e III;
d) II, III e IV.

Cumpre novamente observar que o gabarito (indicando a letra "c") está correto.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL – EXERCÍCIOS OBJETIVOS

MÓDULO III

Favor desconsiderar o exercício 3 de Direito Processual Civil do módulo III e substituir pelo a seguir:

3. Analise as assertivas:

I – A jurisdição, monopólio do poder estatal, é una e indivisível.

II – O exercício da jurisdição civil não é monopólio do poder judiciário.

III – A jurisdição pressupõe um território onde é exercida. Assim, somente o Supremo Tribunal Federal tem jurisdição em todo o território nacional.

IV – É possível alterar o pedido ou a causa de pedir até o saneamento do processo, desde que haja a concordância do réu, caso não seja ele revel.

V – Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito, declarando-se o autor carecedor da ação, quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

Alternativas:

a) somente as alternativas II, III e V estão corretas;

b) somente as alternativas I, II, III e IV estão corretas;

c) somente as alternativas I, II e IV estão corretas;

d) somente as alternativas I e V estão corretas;

e) todas as alternativas estão corretas.

Cabe ressaltar que o gabarito continua inalterado.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL – EXERCÍCIOS OBJETIVOS

MÓDULO V

Favor desconsiderar o exercício 2 de Direito Processual Civil do módulo V e substituir pelo a seguir:

2. Quanto ao litisconsórcio, é correto afirmar que:

a) o fato de haver entre as causas conexão pela causa de pedir não constitui hipótese de litisconsórcio;
b) o litisconsórcio necessário é sempre unitário;
c) na ação pauliana, considera-se litisconsorte necessário passivo o terceiro em cujo nome se acha transcrito o imóvel objeto da revocatória;
d) ocorre litisconsórcio necessário tanto pela imposição da incindibilidade do objeto do processo quanto também em razão da vontade da lei;
e) n.d.a.

Cabe ressaltar que o gabarito permanece inalterado.

GABARITO – EXERCÍCIOS OBJETIVOS DIR. PROCESSUAL CIVIL

MÓDULO I

As alternativas corretas para os exercícios objetivos do módulo I de Dir. Processual Civil são:

	1	**2**	**3**	**4**	**5**
D. Proc. Civil	D	D	B	B	C

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Alterações das Leis n. 10.352/01 e n. 10.358/01

Módulo Complementar

Prof. Vitor Frederico Kümpel

CONSIDERAÇÕES GERAIS

A Lei n. 5.869/73, denominada Código de Processo Civil, institui o ordenamento processual pátrio, uma vez que a competência para legislar sobre direito processual é privativa da União, nos termos do art. 22 da Constituição Federal. Portanto, as regras nela contidas se aplicam, indistintamente, em todo o território nacional.

Com efeito, a extensão da matéria não nos permite realizar um *tratado* sobre todo o Direito Adjetivo, não sendo diferente nos módulos regulares do nosso *Curso do Prof. Damásio a Distância*, observando ser sempre recomendável a consulta às bibliografias indicadas, como forma de aperfeiçoamento e busca de excelência no ensino; todavia, nos cumpre facilitar ao máximo o trabalho de nossos alunos no sentido de guiá-los nos surpreendentes caminhos do Direito, e notadamente da produção legislativa, objeto deste trabalho. Diante disso, apresentamos de forma tópica, com breves ensaios, as atualizações operadas no Direito Processual Civil pelas Leis n. 10.352/01 e n. 10.358/01. De plano observamos que serão apresentadas as modificações das leis editadas no ano de 2001, porque já vigentes.

Por fim, cumpre observar que no presente trabalho, referente às alterações das Leis n.10.352/01 e n. 10.358/01, será observada a ordem

numérica dos artigos alterados, com citação da lei responsável pela modificação.

1. DAS ALTERAÇÕES

Das alterações das Leis n. 10.352/01 e n. 10.358/01

1.1. Art. 14

São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

...

V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.(NR)

- ***Alteração processada pela Lei n. 10.358/01***

Ensaio:

Âmbito de Aplicação: a modificação amplia o rol a quem cabe a observância dos deveres previstos no art. 14, estendendo-os , além das partes, ***a todos aqueles que de qualquer forma participam do processo*** , e não somente aos procuradores, previstos na antiga redação. Dessa forma, a título de exemplo, os escrivães judiciais, os peritos, contadores, testemunhas, os funcionários de repartições públicas que estejam obrigados a fornecer dados ou ainda certidões, também se obrigam aos deveres previstos no art.14, de boa fé, lealdade e etc.

Deveres incluídos: em relação à inclusão do inc. V no art. 14, este constitui como dever de todos os que participam no processo:

- cumprir com exatidão os provimentos mandamentais, assim considerados aqueles em que a autoridade impõem a prática de determinado ato ou observância de determinada conduta de natureza objetiva, sob pena de desobediência, podendo ser citados, como exemplos, a busca e apreensão de determinado bem móvel, a imissão na posse e a desocupação de imóvel.

- Não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, não somente os que encerram o processo (finais) e sim, mesmo aqueles que de forma antecipatória (interlocutórios), permitem a sua execução provisória, a exemplo das tutelas antecipadas, em qualquer espécie de processo aplicável.

Das violações aos deveres: em relação ao parágrafo único inserido, este determina serem as violações às regras do inciso V, quais sejam, o descumprimento de ordens mandamentais e a resistência à execução, ***atos atentatórios ao exercício da jurisdição***, e prevê como sanção a possibilidade de o juiz do feito aplicar ***multa*** de até 20% (vinte por cento) do valor atribuído

à causa. Cumpre salientar que tal sanção será aplicada sem prejuízo das demais sanções cabíveis, a exemplo do crime de desobediência, da indenização por dano decorrente e etc.

Critério de fixação da multa: De acordo com a doutrina de Tereza Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier, o critério a ser utilizado na fixação da multa deverá ser a gravidade da conduta do infrator, e esta será fixada nos próprios autos da ação em que a violação ocorrer .

Do pagamento: O juiz deve fixar prazo para o pagamento da multa aplicada, prazo este que terá como termo inicial a data do trânsito em julgado da ***decisão final da causa***, e, caso o infrator não efetue o pagamento no prazo assinalado, a multa será inscrita como dívida ativa da União (nas causas de competência da justiça federal), ou do Estado (nas causas de competência das justiças dos Estados). O beneficiário da referida multa é a pessoa política prestadora da jurisdição, federal ou estadual, e não a parte contrária, como se dá nos casos de má fé, de acordo com a arguta observação constante da doutrina dos Wambier.

1.2. Art. 154, § único; art. 175 e art. 178

No que tange a esses dispositivos, observa-se somente que as modificações neles processadas foram vetadas quando da análise do projeto da Lei n. 10.358/01 pelo executivo, não alterando, por conseguinte, as atuais disposições constantes dos referidos artigos.

1.3. Art. 253

Distribuir-se-ão por dependência as causas de qualquer natureza:

I – quando se relacionarem, por conexão ou continência, com outra já ajuizada;

II – quando, tendo havido desistência, o pedido for reiterado, mesmo que em litisconsórcio com outros autores.

.. (NR)

- ***Alteração processada pela Lei n. 10.358/01.***

Ensaio:

As previsões instituídas no artigo acima refletem a preocupação com os critérios de distribuição, de forma a proteger a figura constitucionalmente prevista do *Juiz Natural*, e como conseqüência previne que eventuais desistências tenham o condão de modificar o juiz competente para a causa, objetivando sentenças favoráveis. Com efeito, nas ações em que há conexão e continência, causas estas de modificação de competência, o juiz é definido de acordo com o critério da prevenção, consoante as novas regras acima previstas. E, em havendo desistência e conseqüente repropositura, ainda que haja litisconsortes junto ao autor originário, a competência do juiz já havia sido fixada pela distribuição, dentre os diversos juízos existentes na comarca.

1.4. Art. 407

Incumbe às partes, no prazo que o juiz fixará ao designar a data da audiência, depositar em cartório o rol de testemunhas, precisando-lhes o nome, profissão, residência e o local de trabalho; omitindo-se o juiz, o rol será apresentado até 10 (dez) dias antes da audiência.

...

- ***Alteração processada pela Lei n. 10.358/01.***

Ensaio:

Regrando de forma nova a propositura da prova testemunhal, o artigo em estudo não prevê somente prazo para apresentação do rol de testemunhas, determinando, preliminarmente, a fixação de prazo pelo juiz para a apresentação do referido rol e, posteriormente, de forma subsidiária fixa o prazo máximo de 10 (dez) dias antes da audiência para o oferecimento da lista, com dados completos referentes às testemunhas a serem ouvidas, caso o juiz não fixe prazo para a apresentação, de forma a possibilitar, com o prazo e dados especificados, notificação eficaz e posterior comparecimento destas, de forma a imprimir eficiência à instrução probatória. O legislador alterou o antigo prazo de 05 dias para o atual prazo de 10 dias, com a finalidade ainda de possibilitar a correta intimação das testemunhas, exigindo por conseguinte a precisão de todos os dados destas, facilitando a cognição pela outra parte, para fins de argüição de impedimentos e suspeição.

1.5. Art. 431–A e Art. 431-B

Art. 431 – A . As partes terão ciência da data e local designados pelo juiz ou indicados pelo perito para ter início a produção da prova.

Art. 431 – B. Tratando-se de perícia complexa, que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, o juiz poderá nomear mais de um perito e a parte indicar mais de um assistente técnico.

- ***Alterações processadas pela Lei n. 10.358/01.***

Ensaio:

Com o intuito de prestigiar o princípio do contraditório, garantindo assim a ampla defesa, em sua modalidade técnica, foram inseridos os artigos acima na lei processual, determinando ao juiz ou ao perito, quando da fixação do início da perícia por estes, a necessidade de notificação das partes, de forma que venham a nomear eventuais assistentes técnicos, de sua confiança, para acompanhamento da perícia.

No que tange à possibilidade de nomeação de mais um perito e conseqüentemente mais de um assistente técnico por área de conhecimento específico, quando a prova crítica (perícia) necessitar de conhecimentos específicos em mais de uma área, salienta-se que tal regra, agora legalmente prevista, já vinha sendo autorizada pela jurisprudência, por ser óbvia.

1.6. Art. 433

Art. 433..

Parágrafo único. Os assistentes técnicos oferecerão seus pareceres no prazo comum de 10 (dez) dias, após intimadas as partes da apresentação do laudo.(NR)

- ***Alterações processadas pela Lei n. 10.358/01***

Ensaio:

O dispositivo incluso eliminou eventuais dúvidas a respeito da apresentação dos pareceres dos assistentes técnicos e efetuou algumas modificações em sua sistemática, determinando a sucessividade dos pareceres, que antes eram oferecidos no prazo comum ao laudo pericial, e agora têm prazo contado a partir da apresentação do laudo, prazo este de dez dias. Esclarece ainda que não há intimação direta aos assistentes, da apresentação do laudo pericial, mas intimação das partes em litígio, deixando claro o legislador que o controle procedimental é efetuado pelas próprias partes, uma vez que os assistentes são meros auxiliares destas.

1.7. Art. 475

Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art.585, VI).

§ 1.º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 2.º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3.º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.(NR)

- ***Alterações processadas pela Lei n. 10.352/01.***

Ensaio:

As previsões de reexame necessário, alteradas pelo artigo acima, visam a dinamizar a prestação jurisdicional e proteger apenas a pessoa jurídica de direito público interno nos casos que dispõe, senão vejamos:

Da Anulação de Casamento: a nova redação exclui do rol de causas de reexame necessário a sentença que anula o casamento, como forma de reduzir o controle estatal relativo a este instituto de direito civil. É bom deixarmos claro que a matéria caiu em desuso no sistema civil em face da possibilidade do divórcio. A matéria só possuía relevância jurídica quando o vínculo matrimonial era indissolúvel. (EC n. 9/1977).

Da abrangência da Administração Pública: de acordo com o novo texto, a abrangência das sentenças objeto de reexame subsume-se à definição da doutrina em relação ao termo *Fazenda Pública*, assim considerada a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações, excluindo-se as sociedades de economia mista e empresas públicas. Assim, somente as sentenças de qualquer natureza proferidas contra as Fazendas Públicas serão objeto de reexame. As disposições do novo texto encontram-se previstas no artigo 41 da Lei n. 10.406/02 (Novo Código Civil).

Dos embargos contra execuções da Fazenda Pública: os embargos objeto de reexame, de acordo com o artigo, são somente aqueles em que se verifique procedência parcial ou total, não estendido o reexame às sentenças de extinção da execução (art. 795, do CPC).

Das causas com valores inferiores a 60 (sessenta) salários mínimos: Determina o novo texto do art. 475 que, nas causas de valor certo em que a ***condenação ou o direito controvertido*** (e não o valor atribuído à causa na inicial) forem inferiores a 60 vezes o salário mínimo, não haverá reexame necessário. Assim, é o valor da condenação que determinará a aplicação ou não das regras atinentes ao reexame necessário. Observa-se que, em relação à procedência dos embargos às execuções propostas pela Fazenda, o valor de 60 salários mínimos será auferido sobre o valor da dívida exeqüenda, se os embargos versarem o total da dívida, e sobre a parcela do valor contestado na pretensão executiva, quando os embargos se referirem a parcela desta, para fins de aplicação das regras de reexame, de acordo com a doutrinadora Tereza Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier. O instituto visa trazer ao reexame dos tribunais apenas questões com relevância *macroeconômica*, evitando procrastinar feitos que, sob este ponto de vista, não têm grande interesse para os tribunais, todavia auxiliam em muito a maior parcela do

jurisdicionado. Tais ações, todavia, permanecem sujeitas ao reexame voluntário.

Da contrariedade à Jurisprudência: O reexame necessário não se aplicará nos casos de existência de Súmulas vigentes dos tribunais superiores, ou do Supremo Tribunal Federal; em relação ao Pretório Excelso, igualmente não se aplicarão as regras a respeito do reexame, quando a decisão de 1.º grau for consoante a jurisprudência de seu " Pleno ". Embora contestável por grande parte da doutrina, para determinada parte desta, tal previsão justifica-se, pois, ainda que por vias reflexas, está pretensamente atendida uma das finalidades do princípio do duplo grau de jurisdição, qual seja, a revisão e adequação da decisão da sentença de primeiro grau no que tange às questões de direito, por juízes mais experientes.

1.8. Art. 498

Quando o dispositivo do acórdão contiver julgamento por maioria de votos e julgamento unânime, e forem interpostos embargos infringentes, o prazo para recurso extraordinário ou recurso especial, relativamente ao julgamento unânime, ficará sobrestado até a intimação da decisão nos embargos.

Parágrafo único. Quando não forem interpostos embargos infringentes, o prazo relativo à parte unânime da decisão terá como dia de início aquele em que transitar em julgado a decisão por maioria de votos.(NR)

- ***Alterações processadas pela Lei n. 10.352/01***

Ensaio:

Ante a necessidade de esgotamento das instâncias ordinárias para posterior recurso aos tribunais superiores, a lei processual já previa a interposição de embargos infringentes, em caso de existência de julgados em parte unânimes, e em parte por votação majoritária, embargos estes capazes de sobrestar a interposição de recurso especial e extraordinário relativamente à parte julgada por maioria no acórdão. Todavia, a nova lei, objetivando dar clareza aos prazos de interposição e processamento de tais recursos, consoante inclusive com o princípio da *unirrecorribilidade*, que determina haver um único recurso para cada decisão, dispôs o seguinte:

- Não corre o prazo para interposição de recurso especial ou extraordinário referente a todo o julgado, enquanto não forem as partes intimadas da decisão referente aos embargos infringentes interpostos contra a parte não unânime da decisão, determinando a intimação da decisão o *dies a quo* do prazo para interpor os recursos aos tribunais superiores.

- Em caso de não interposição de embargos infringentes, das decisões em que este caiba, o início do prazo para a interposição de recurso especial e extraordinário, ***que caberá exclusivamente da parte unânime da decisão não recorrida***, contar-se-á a partir da data do trânsito em julgado da decisão não unânime constante do acórdão, e por embargos não atacada. Essa previsão justifica-se pois só assim haverá o preenchimento do requisito do exaurimento das instâncias inferiores, pressuposto de admissibilidade da *recorribilidade extrema*, de acordo com expressão da doutrina.

1.9. Art. 515

....
....

§ 3.º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art.267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento. (NR)

- ***Alterações processadas pela Lei n. 10.352/01.***

Ensaio:

A lei inova a dogmática do processo civil brasileiro, ao relativizar a regra do duplo grau de jurisdição, que, para parte da doutrina, é princípio adotado implicitamente pela constituição inclusive, e o faz com o objetivo de dinamizar a atuação do Estado-juiz em sua função típica, a jurisdicional.

Com efeito, preenchidos os requisitos do novo § 3.º: causa que verse sobre questão exclusiva de direito; processo em condições de imediato julgamento e recurso voluntário contra sentença terminativa (art. 267), o tribunal não se limitará a anular a decisão e remeter os autos à 1.ª instância, mas poderá julgar a lide, determinando o acertamento, ou seja, a aplicação do direito ao caso concreto exposto ao Judiciário pelas partes.

Cumpre observar que, de acordo com a lição da doutrina, deve-se entender como feito em condições de imediato julgamento, aquele em que o contraditório encontra-se concluído, excluindo-se de plano hipóteses como o julgamento de mérito em apelação interposta contra indeferimento liminar de inicial, por exemplo.

A hipótese em questão é deveras inovadora, uma vez que os tribunais, diante de reforma de decisão monocrática extintiva sem julgamento de mérito,

remetiam automaticamente os autos para nova decisão em 1.º grau de jurisdição, por entenderem que decisão colegiada implicaria quebra do princípio do duplo grau de jurisdição. Os tribunais entendiam que não poderiam tratar de qualquer tema que não tiver sido objeto de decisão monocrática. Por ser o princípio do duplo grau um princípio relativo, a disposição legal está em consonância com a modernidade do sistema processual.

1.20. Art. 520

...

VII – confirmar a antecipação dos efeitos da tutela; (NR)

- ***Alteração processada pela Lei n. 10.352/01***

Ensaio:

A lei nova inclui no rol do art. 520 do diploma processual, que traz as hipóteses em que a apelação é recebida somente com efeito devolutivo, sem suspensão da execução provisória da sentença de 1.º grau, o inciso VII, determinando assim que processos em que seja concedida antecipação de tutela liminarmente, devidamente confirmada pela sentença, devam ser, *a priori*, desde a sentença de 1.º grau, provisoriamente cumpridos.

1.11. Art. 523

...

..

§. 2.º Interposto o agravo, e ouvido o agravado no prazo de 10 (dez) dias, o juiz poderá reformar sua decisão.

..

§. 4º Será retido o agravo das decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e das posteriores à sentença, salvo nos casos de dano de difícil e de incerta reparação, nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida.(NR)

- ***Alterações processadas pela Lei n. 10.352/01.***

Ensaio:

Em relação ao parágrafo segundo, o legislador amplia o prazo para que o juiz ouça o agravado, no caso de dar efetividade ao efeito regressivo previsto aos recursos de agravo. Passa a ser de 10 (dez) dias o prazo de oitiva do agravado.

Prevê o parágrafo quarto, como regra, a admissão na forma retida nos autos do agravo tirado das decisões em audiência de instrução ou posteriores à sentença de 1.º grau. Todavia, prevê exceções, admitindo-o na forma de instrumento, com possibilidade de concessão e efeito suspensivo inclusive, nas causas:

- em que se vislumbre dano de difícil e incerta reparação;
- nos casos de inadmissão de apelação;
- nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida.

1.21. Art. 526

Art. 526..

Parágrafo único. O não cumprimento do disposto neste artigo, desde que argüido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo.(NR)

- ***Alteração processada pela Lei n. 10.352/01***

Ensaio:

Em relação ao artigo 526, que prevê a juntada aos autos do feito em 1.º grau de cópia do agravo de instrumento interposto, juntamente com relação dos documentos utilizados na instrução do recurso, a lei nova incluiu um parágrafo único, que possibilita ao agravado requerer e provar a falta da tomada da providência prevista no *caput*, com a finalidade de causar a inadmissibilidade do agravo. Tal medida objetiva proteger não só o contraditório e a regularidade do andamento processual, mas também possibilitar ao juiz substrato para que forneça corretas informações ao tribunal, quando da solicitação.

1.13. Art. 527

Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator:

I - negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do art. 557;

II – poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, remetendo os respectivos autos ao juízo da causa, onde serão apensados aos principais, cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente;

III – poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art.558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

IV – poderá requisitar informações ao juiz da causa, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias;

V – mandará intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe juntar cópias das peças que entender convenientes; nas comarcas sede de tribunal e naquelas cujo expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante a publicação no órgão oficial.

VI – ultimadas as providências referidas nos incisos I a V, mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, para que se pronuncie no prazo de 10 (dez) dias. (NR)

- ***Alterações processadas pela Lei n. 10.352/01.***

Ensaio:

O artigo 527 prevê a distribuição , *incontinenti*, imediata do agravo de instrumento, de forma a possibilitar a análise de eventuais pedidos de efeito suspensivo e, como conseqüência, concluso ao relator, este poderá:

- negar seguimento liminarmente ao agravo nas hipóteses do artigo 557, a exemplo da contrariedade sumular ou inadmissibilidade;

- converter o agravo de instrumento em retido, a ser examinado quando da interposição de futura e eventual apelação, caso não haja urgência ou perigo de lesões qualificadas para a parte e, como conseqüência, remeter o recurso a apensamento no feito de primeira instância, cabível de tal decisão, agravo (regimental) ao tribunal, endereçado à câmara competente para julgar o agravo convertido (art.527, inc.II);

- Atribuir efeito suspensivo ao agravo, nos termos do artigo 558, ou ainda conceder tutela antecipada total ou parcial da pretensão do agravo, ocasião em que deverá comunicar ao juiz da causa sua decisão, para que se possibilite cumprimento, bem como solicitar informações ao juiz da causa, faculdade esta que exercida, imporá ao magistrado a obrigatoriedade de fornecimento das informações em ***10 (dez) dias***;

A intimação do agravado, para exercer o contraditório referente ao recurso em questão, é determinada pelo relator e será realizada, via de regra, pelo diário oficial, quando este divulgar o expediente forense da comarca, como ocorre, por exemplo, em todo o Estado de São Paulo, inclusive no interior. Todavia, nas comarcas em que não for divulgado o expediente forense pelo diário oficial, o agravado será intimado por meio de correio, com aviso de recebimento, dirigido ao seu advogado.

Nos casos em que seja necessária a intimação do Ministério Público, esta se dará com prazo de 10 (dez) dias para que o *Parquet* se pronuncie, todavia,

havendo regular intimação, não ocasionará nulidade do feito a ausência de parecer.

1.14. Art. 530, Art. 531, Art. 533 e Art.534

Antes da reprodução dos textos dos artigos acima, observamos que serão comentados em conjunto, em razão de tratarem de igual tema, qual seja, os embargos infringentes. Vejamos:

> ***Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.(NR)***

> ***Art. 531. Interpostos os embargos, abrir-se-á vista ao recorrido para contra-razões; após, o relator do acórdão embargado apreciará a admissibilidade do recurso.(NR)***

> ***Art. 533. Admitidos os embargos, serão processados e julgados conforme dispuser o regimento do tribunal.(NR)***

Art. 534. Caso a norma regimental determine a escolha de novo relator, esta recairá, se possível, em juiz que não haja participado do julgamento anterior.(NR)

- ***Alterações processadas pela Lei n. 10.352/01.***

Ensaio:

Com a nova lei, verifica-se que a admissibilidade do recurso de embargos infringentes limita-se, em caso de apelação, às reformas das sentenças de mérito de 1.º grau, não cabendo das confirmações pela superior instância das sentenças de mérito, ainda que por maioria, nem de eventuais reformas ou confirmações de sentenças unicamente terminativas. No tocante às ações rescisórias, não cabem embargos infringentes das decisões que julguem improcedentes ou venham a extinguir essas ações, cabendo o referido recurso unicamente da procedência de ação rescisória, por maioria.

O juízo de admissibilidade do referido recurso é realizado após a apresentação de contra-razões pelo embargado. É realizado pelo relator e sua concretização após as contra-razões, objetiva a eficiência e celeridade do processamento do recurso.

Os artigos 533 e 534 determinam ser os embargos infringentes submetidos às regras regimentais em relação ao seu processamento e observa-se que o novo relator será escolhido somente se houver previsão no regimento; preferencialmente entre os juízes que não tenham participado do julgamento anterior.

1.15. Art. 542

Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contra-razões.

..(NR)

- ***Alteração processada pela Lei n. 10.352/01***

Ensaio:

É de conhecimento de todos que os recursos especial e extraordinário são interpostos perante o tribunal *a quo*, local em que se faz o primeiro juízo de admissibilidade e posteriormente enviados ao tribunal *ad quem.* Até a vigência da lei em estudo, fazia-se necessário o protocolo do recurso na secretaria do tribunal recorrido. A inovação trazida pela Lei n. 10.352/01 é salutar por suprimir do texto do artigo 542 qualquer exigência de protocolo, adotando a expressão "recebida", o que dá margem à possibilidade de interposição por meio dos protocolos descentralizados, denominados integrados, caso o tribunal delegue tais funções aos ofícios distribuidores de primeira instância, nos termos da nova redação do artigo 547, também alterado pela Lei n. 10.352/01, a seguir comentado.

1.16. Art. 544

..

§ 1.º O agravo de instrumento será instruído com as peças apresentadas pelas partes, devendo constar obrigatoriamente, sob pena de não conhecimento, cópias do acórdão recorrido, da certidão da respectiva intimação, da petição de interposição do recurso denegado, das contra-

razões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado. As cópias das peças do processo poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal.

§. 2º A petição de agravo será dirigida à presidência do tribunal de origem, não dependendo do pagamento de custas e despesas postais. O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta, podendo instruí-la com cópias das peças que entender conveniente. Em seguida, subirá o agravo ao tribunal superior, onde será processado na forma regimental.

..(NR)

- ***Alteração processada pela Lei n. 10.352/01.***

Ensaio:

O agravo previsto no artigo modificado é aquele interposto da decisão que inadmite o processamento dos recursos especial e extraordinário pelo tribunal de origem.

Ponto interessante é a dispensa de autenticação em cartório das peças encaminhadas junto ao recurso, prestigiando a nova lei a declaração de autenticidade dos documentos pelo advogado, sendo o causídico, nos termos da lei, pessoalmente responsável por eventuais declarações falsas.

De acordo com as novas disposições do artigo, o processamento ocorrerá no tribunal de origem até a completa formação do instrumento, sendo conferido ao recorrido 10 (dez) dias para a apresentação de documentos e peças para

inclusão no instrumento, que após estar completo, será enviado ao tribunal *ad quem* para processamento, nos termos das previsões constantes do regimento interno, segundo a doutrina.

1.17 Art. 547

Art. 547...

Parágrafo único. Os serviços de protocolo poderão, a critério do tribunal, ser descentralizados, mediante delegação a ofícios de justiça de primeiro grau.(NR)

- ***Alterações processadas pela Lei n. 10.352/01***

Ensaio:

A regra acima prevista corrobora a possibilidade já explicitada de interposição de recursos aos tribunais diretamente em primeiro grau de jurisdição, desde que os referidos tribunais deleguem, no âmbito de suas competências, tal possibilidade, garantindo a grande parte do jurisdicionado menor onerosidade, ante a desnecessidade de custeio de viagens de advogados que residam em cidade diversa daquela em que funciona o tribunal.

1.18 Art. 555

No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes.

§. 1.º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal,

poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.

§. 2º A qualquer juiz integrante do órgão julgador é facultado pedir vista por uma sessão, se não estiver habilitado a proferir imediatamente o seu voto.(NR)

- ***Alterações processadas pela Lei n. 10.352/01***

Ensaio:

O artigo em estudo determina o julgamento dos recursos, por ao menos três juízes do órgão responsável , seja este órgão câmara, turma, grupos de câmaras e etc, geralmente composto por 5 membros. Prevê ainda, como forma de prevenir a conflitância de julgados, dentro de um mesmo tribunal, atendendo ao princípio da harmonia dos julgados, a possibilidade de o relator pedir seja o julgamento realizado pelo órgão maior previsto no regimento, que por sua vez, dependerá de reconhecimento pelo órgão maior da relevante questão de direito constante do recurso, capaz de tornar conveniente a composição ou prevenção de divergência no tribunal.

Prevê o artigo ainda que, qualquer julgador, da câmara ou turma, ou dos órgãos maiores, poderá, ***quando incumbido do julgamento***, pedir vista por uma sessão, caso não esteja habilitado a proferir seu voto, como forma de garantir segurança no julgamento pela autoridade judicial de segunda instância.

1.19. Art. 575

Art. 575. ....

IV – o juízo cível competente, quando o título executivo for sentença penal condenatória ou sentença arbitral.(NR)

- ***Alteração processada pela Lei n. 10.358/01***

Ensaio:

A lei define a competência para a execução da sentença arbitral como sendo o juízo cível competente, via de regra, o do local em que o laudo arbitral foi efetivado. A mesma previsão de competência vale para a execução da sentença penal condenatória transitada em julgado.

Observação importante: O artigo 3.º da Lei n. 10.358/01 revogou o inciso III, do artigo 575, do Código de Processo Civil.

1.20. Art. 584

Art. 584...

III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que verse matéria não posta em juízo;

...

VI – a sentença arbitral....(NR)

- ***Alterações processadas pela Lei n. 10.358/01***

Ensaio:

As alterações da lei incluem como títulos executivos extrajudiciais, no artigo 584 do diploma adjetivo, ***a sentença homologatória de conciliação ou de transação,*** <u>***ainda que verse matéria não posta em juízo***</u> (reforçando a possibilidade legal de autocomposição), e também a ***sentença arbitral***.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

1. PRINCÍPIOS GERAIS INFORMADORES DO PROCESSO

1.1. Princípio da Imparcialidade do Juiz

O Juiz situa-se entre as partes e acima delas (caráter substitutivo).

Para assegurar sua imparcialidade, a CF estipula garantias (art. 95) e vedações (art. 95, par. ún.) e proíbe tribunais de exceção (art. 5.º, XXXVII).

1.2. Princípio da Igualdade Processual

As partes devem ter, em juízo, as mesmas oportunidades de fazerem valer suas razões.

No processo penal, esse princípio sofre alguma atenuação, devido ao princípio constitucional do *"favor rei"*, segundo o qual o acusado goza de alguma prevalência e contraste com a pretensão punitiva.

1.3. Princípio do Contraditório

É identificado na doutrina pelo binômio "ciência e participação".

O Juiz coloca-se eqüidistante das partes, só podendo dizer que o direito preexistente foi devidamente aplicado ao caso concreto se, ouvida uma parte, for dado à outra o direito de manifestar-se em seguida.

1.4. Princípio da Ampla Defesa

Implica o dever do Estado de proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, seja pessoal, seja técnica (art. 5.º, LV, da CF/88), seja o de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (art. 5.º, LXXIV, CF).

Decorre a obrigatoriedade de se observar a ordem natural do processo, de modo que a defesa se manifeste sempre em último lugar.

1.5. Princípio da Disponibilidade e da Indisponibilidade

Disponibilidade é a liberdade que as pessoas têm de exercer ou não seus direitos.

No processo penal, prevalece o princípio da indisponibilidade, pelo fato do crime ser considerado uma lesão irreparável ao interesse coletivo.

Decorre algumas regras, tais como:

- impossibilidade de a autoridade policial arquivar o inquérito policial (art. 17 do CPP);
- o Ministério Público não pode desistir da ação (art. 42 do CPP), nem do recurso interposto (art. 576 do CPP).

A CF abranda essa regra, ao permitir a transação em infrações de menor potencial ofensivo. E também nos casos de ação penal privada e ação penal condicionada à representação ou à requisição do Ministro da Justiça.

1.6. Princípio da Verdade Material ou da Manifestação das Provas

É característico do processo penal.

Consiste no dever de o Magistrado esgotar todas as possibilidades para se alcançar a verdade real dos fatos, para servir de fundamento na sentença.

Regra: o que não está nos autos, não está no mundo.

1.7. Princípio da Publicidade

É uma garantia de independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade do Juiz.

Exceção: casos em que o decoro ou o interesse social aconselham que eles não sejam divulgados.

1.8. Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

Consiste na possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo Juiz de primeiro grau.

Não é tratado de forma expressa em nenhum texto legal, nem na Constituição. Decorre da própria estrutura atribuída ao Poder Judiciário pela CF.

1.9. Princípio do Juiz Natural

Previsto no art. 5.º, LIII, da CF/88, que dispõe que “ninguém será sentenciado senão pelo Juiz competente”.

Juiz natural é, portanto, aquele previamente conhecido, segundo regras objetivas de competência estabelecidas anteriormente à infração penal, investido de garantias que lhe assegurem absoluta independência e imparcialidade.

Decorre também a proibição de criação de tribunais de exceção, art. 5.º, XXXVII, CF.

1.10. Princípio do Estado de Inocência

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5.º, LVII, da CF/88).

Desdobra-se em três aspectos:

- *prova*: deve ser valorada em favor do acusado quando houver dúvida;
- *instrução processual*: inverte-se o ônus da prova, i. e., o réu não precisa provar que é inocente, mas sim a acusação precisa fazer prova de que ele é culpado;
- *no curso do processo*: trata-se de entendimento expresso na Súmula n. 9/STJ: "A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência".

1.11. Princípio do "*favor rei*"

A dúvida sempre beneficia o acusado.

Alguns recursos são exclusivos da defesa (protesto por novo júri e embargos infringentes).

Só cabe ação recisória penal em favor do réu (revisão criminal).

Consultando as indicações bibliográficas, estudar os seguintes pontos:

1.12. Princípio da Ação ou Demanda

1.13. Princípio da Oficialidade

1.14. Princípio da Oficiosidade

1.15. Princípio da Verdade Formal ou Dispositivo

1.16. Princípio do Impulso Oficial

1.17. Princípio da Persuasão Racional do Juiz

1.18. Princípio da Motivação das Decisões Judiciais

1.19. Princípio Lealdade Processual

1.20. Princípio da Economia Processual

1.21. Princípio do Promotor Natural

2. PRINCÍPIOS INFORMADORES DO PROCESSO PENAL

2.1. Princípio da Verdade Real

2.2. Princípio da Legalidade

2.3. Princípio da Autoritariedade

2.4. Princípio da Indisponibilidade

2.5. Princípio da Iniciativa das Partes

2.6. Princípio "*ne eat judex ultra petita partium*"

2.7. Princípio da Identidade Física do Juiz

2.8. Princípio do Devido Processo Legal

2.9. Princípio da Inadmissibilidade das Provas Obtidas por Meios Ilícitos

2.10. Princípio da Brevidade Processual

DIREITO PROCESSUAL PENAL

1. EFICÁCIA DA LEI PROCESSUAL NO TEMPO

A lei processual aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo dos atos realizados sob a vigência da lei anterior (art. 2.º do CPP).

Vige, no processo penal, o princípio da aplicação imediata, com a ressalva de que os atos anteriores serão preservados.

2. EFICÁCIA DA LEI PROCESSUAL NO ESPAÇO

A lei processual penal aplica-se a todas as infrações penais cometidas em território brasileiro, sem prejuízo das convenções, tratados e regras de Direito Internacional.

Algumas exceções à territorialidade do CPP:

- Código Processual Militar;
- Código Eleitoral;
- Lei de Tóxicos;
- Lei de Imprensa;
- Lei dos Juizados Especiais Criminais.

3. IMUNIDADES

3.1. Imunidades Diplomáticas

Quem comete crime no Brasil responde por ele no Brasil. Como exceção a essa regra, temos: Chefe de Governo Estrangeiro, Embaixadores e seus familiares, funcionários estrangeiros de embaixadas etc.

Admite-se a renúncia à garantia da imunidade diplomática.

3.2. Imunidades Parlamentares

São de duas espécies:

- *material (absoluta)*: alcança os Deputados Federais e Senadores, garantindo-lhes a inviolabilidade por suas palavras, opiniões e votos. Para alguns, trata-se de causa de exclusão de ilicitude, para outros, causa funcional de isenção de pena. É irrenunciável. Estende-se também aos Vereadores se o crime foi praticado no exercício do mandato e na circunscrição do Município;

- *processual, formal ou relativa*: consiste na garantia de não ser preso, salvo por flagrantes de crime inafiançável. Alcança os Deputados Estaduais, mas não alcança os Vereadores.

4. INTERPRETAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL

4.1. Espécies

4.1.1. Quanto ao sujeito que elabora

- *Autêntica ou legislativa*: feita pelo próprio órgão encarregado da elaboração da lei. Pode ser:
  - *contextual*: feita pelo próprio texto legal;
  - *posterior*: feita após a entrada em vigor da lei.
- *Doutrinária ou científica: feita pelos estudiosos e doutores do Direito. Obs.: as exposições de motivo constituem forma de interpretação doutrinária, uma vez que não são leis.*
- *Judicial: feita pelos órgãos jurisdicionais.*

4.1.2. Quanto aos meios empregados

- *Gramatical, literal ou sintática*: leva-se em conta o sentido literal das palavras.
- *Lógica ou teleológica*: busca-se a vontade da lei, atendendo-se aos seus fins e à sua posição dentro do ordenamento jurídico.

4.1.3. Quanto ao resultado

- *Declarativa*: há perfeita correspondência entre a palavra da lei e sua vontade.
- *Restritiva*: a interpretação vai restringir o seu significado, pois a lei disse mais do que queria.
- *Extensiva*: a interpretação vai ampliar o seu significado, pois a lei disse menos do que queria.

4.2. Interpretação da Norma Processual Penal

A lei processual admite interpretação extensiva, pois não contém dispositivo versando sobre direito de punir.

Exceções: tratando-se de dispositivos restritivos da liberdade pessoal (prisão em flagrante), o texto deverá ser rigorosamente interpretado. O mesmo quando se tratar de regras de natureza mista.

5. ANALOGIA

Consiste em aplicar, a uma hipótese não regulada por lei, disposição relativa a um caso semelhante.

5.1. Fundamento

Ubi eadem ratio, ibi eadem jus (onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo Direito).

5.2. Natureza Jurídica

Forma de auto-integração da lei, ou seja, forma de supressão de lacunas.

5.3. Distinção

- *Analogia*: inexiste norma reguladora para o caso concreto, devendo ser aplicada norma que trata de hipótese semelhante.
- *Interpretação extensiva*: existe norma reguladora do caso concreto, mas esta não menciona expressamente sua eficácia.
- *Interpretação analógica*: a norma, após uma enumeração casuística, traz uma formulação genérica. A norma regula o caso de modo expresso, embora genericamente.

5.4. Espécies de Analogia

- *In bonam partem* – em benefício do agente.
- *In malam partem* – em prejuízo do agente.

6. FONTES DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

É de onde provém o Direito.

6.1. Espécies

- *Material ou de produção*: aquela que cria o Direito.
- *Formal ou de cognição*: aquela que revela o Direito. Pode ser:

  – *imediata*: lei;

  – *mediata*: costumes e princípios gerais do Direito.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

1. INQUÉRITO POLICIAL

1.1. Conceito

É o conjunto de diligências investigatórias realizadas pela polícia judiciária visando a apuração do crime e sua respectiva autoria.

1.2. Natureza Jurídica

O inquérito policial é procedimento persecutório de caráter administrativo e natureza inquisitiva instaurado pela autoridade policial.

É um **procedimento**, pois é uma seqüência de atos voltados a uma finalidade.

Persecutório porque persegue a satisfação do *jus puniendi*.

Persecução é a atividade estatal por meio da qual se busca a punição e começa oficialmente com a instauração do inquérito policial. Também conhecido como *informatio delicti*.

1.3. Finalidade

Segundo leitura dos arts. 4.º e 12 do CPP, conclui-se que o inquérito visa a apuração da existência de infração penal e a respectiva autoria para fornecer

ao titular da ação penal elementos mínimos para que este possa ingressar em juízo.

A apuração da infração penal consiste em colher informações a respeito do fato criminoso. Apurar a autoria consiste em a autoridade policial desenvolver a necessária atividade visando descobrir, conhecer o verdadeiro autor da infração penal.

1.4. Jurisdição e Competência

O art. 4.º, *caput*, do CPP usava inadequadamente o termo "jurisdição".

A Lei n. 9.043, de 9.5.1995, trocou o termo "jurisdição" por "circunscrição" (limites territoriais dentro dos quais a polícia realiza suas funções).

O parágrafo único do citado artigo dispõe que: "a competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função". Porém, a autoridade policial não tem competência, mas sim atribuições.

O termo **jurisdição** designa a atividade por meio da qual o Estado, em substituição às partes, declara a preexistente vontade da lei ao caso concreto.

O termo **competência** deve ser entendido como poder conferido a alguém para conhecer determinados assuntos, não se confundindo com competência jurisdicional, que é a medida concreta do Poder Jurisdicional.

A atribuição para presidir o inquérito policial é conferida aos Delegados de Polícia, com raríssimas exceções (art. 144, §§ 1.º e 4.º, da CF/88), conforme as normas de organização policial dos Estados. A atribuição pode ser fixada,

quer pelo lugar da consumação da infração (*ratione loci*), quer pela natureza da mesma (*ratione materiae*).

A autoridade policial, em regra, não poderá praticar qualquer ato fora dos limites de sua circunscrição, sendo necessário:

- se for em outro país: carta rogatória;
- se for em outra comarca: carta precatória;
- se for no DF ou em circunscrição diferente, mas dentro da mesma comarca, não precisa de nenhuma carta (art. 22 do CPP).

1.5. Autoridade Competente para Lavratura do Auto de Prisão em Flagrante

O flagrante deve ser lavrado no local em que se efetivou a prisão. Não havendo Delegado de Polícia, na circunscrição mais próxima (arts. 290 e 308, ambos do CPP). Concluído, o flagrante será enviado ao juízo competente, ou seja, devem os atos subseqüentes ao da prisão serem praticados pela autoridade do local em que o crime se consumou.

Obs.: tem-se entendido que a falta de atribuição de competência da autoridade policial não invalida os seus atos, ainda que se tratem de prisão em flagrante, pois a Polícia, ao exercer a atividade jurisdicional, não se submete à competência jurisdicional *ratione loci*. O inquérito policial "é peça meramente informativa, cujos vícios não contaminam a ação penal" (jurisprudência STF e STJ).

O art. 5.º, LIII, da CF/88 não se aplica às autoridades policiais, visto que estas não processam nem sentenciam. Não foi adotado pelo referido artigo constitucional o princípio do Delegado de Polícia Natural.

1.6. Inquéritos Extrapoliciais (art. 4.º, par. ún., do CPP)

Em regra, os inquéritos policiais são presididos por Delegado de Polícia de Carreira (art. 144, § 4.º, da CF/88), mas o art. 4.º, par. ún., do CPP deixa claro que o inquérito realizado pela polícia judiciária não é a única forma de investigação criminal.

Excepcionalmente, portanto, há casos em que são presididos por outros que não o Delegado de Polícia de Carreira. Ex.:

- Inquérito judicial por crime falimentar (presidido pelo Juiz);
- Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, § 3.º, da CF/88);
- Crime cometido nas dependências da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal (Súmula n. 397 do STF –"O poder de polícia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em caso de crime cometido nas suas dependências, compreende, consoante o regimento, a prisão em flagrante do acusado e a realização do inquérito");
- Inquérito civil público (presidido pelo representante do MP; tem a finalidade de promover a ação civil pública, art. 129, III, da CF/88);
- Inquérito policial militar.

1.7. Valor Probatório do Inquérito Policial

O inquérito policial tem conteúdo informativo, visa apenas fornecer elementos necessários para a propositura da ação penal.

Tem valor probatório relativo, pois os elementos de informação não são colhidos sob a égide do contraditório e da ampla defesa, tampouco na presença do Juiz de Direito.

1.8. Dispensabilidade do Inquérito Policial

O inquérito policial é uma peça útil, porém não imprescindível. Não é fase obrigatória da persecução penal. Poderá ser dispensado sempre que o MP ou ofendido tiver elementos suficientes para promover a ação penal.

No art. 12 do CPP a expressão "sempre que" é uma condição.

O art. 27 do CPP refere-se à *delatio criminis* postulatória, onde qualquer um do povo poderá fornecer, por escrito, informações sobre o fato e a autoria, indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção, demonstrando que quando as informações forem suficientes não é necessário o inquérito policial.

Segundo o art. 39, § 5.º, do CPP, o órgão do MP dispensará o inquérito se forem apresentados elementos suficientes para a propositura da ação.

O art. 46, § 1.º, do CPP nos alerta para mais uma hipótese de dispensabilidade do inquérito policial.

1.9. Características do Inquérito Policial

- *procedimento escrito*: conforme demonstra o art. 9.º do CPP;

- *procedimento sigiloso (art. 20 do CPP)*: é uma garantia para o indiciado, resguardando-se, assim, seu estado de inocência (art. 5.º, LVII, da CF/88). O sigilo não alcança o advogado (Lei n. 8.906/94, art. 7.º, XIII a XV, e § 1.º, do Estatuto da OAB);

- *procedimento inquisitivo*: não há acusação, não há contraditório; não pode ser argüida suspeição da autoridade policial (art. 107 do CPP). O art. 14 do CPP diz que a autoridade policial poderá indeferir qualquer pedido de diligência. O art. 184 do CPP trata de uma diligência que não pode ser indeferida, o exame de corpo de delito;

- *oficiosidade*: esse princípio se funda no princípio da obrigatoriedade ou legalidade. Sendo um crime de ação penal pública incondicionada, a autoridade tem o dever de promover o inquérito policial *ex officio*, independente de qualquer espécie de provocação;

- *oficialidade*: o inquérito policial é dirigido por órgãos públicos oficiais, no caso, a autoridade policial.É uma atividade investigatória feita por órgãos oficiais;

- *indisponibilidade*: uma vez instaurado, não pode ser arquivado pela autoridade policial (art. 17 do CPP), é indisponível;

- *autoritariedade*: é presidido por uma autoridade pública. Trata-se de exigência constitucional (art. 144, § 4.º, da CF/88).

1.10. Incomunicabilidade

Destinada a impedir que a comunicação do preso com terceiros venha a prejudicar o desenvolvimento da investigação.

Mediante despacho fundamentado pelo Juiz a partir da representação da autoridade policial ou de requerimento do MP, poderá ser decretada a incomunicabilidade do indiciado pelo prazo de até 3 dias, por conveniência da investigação ou interesse da sociedade (art. 21 do CPP).

Somente o Juiz pode decretar a incomunicabilidade. O despacho será fundamentado. A incomunicabilidade não poderá ultrapassar 3 dias. É decretada por representação da autoridade ou requerimento do MP. Não alcança o advogado.

O Prof. Fernando Capez entende que a incomunicabilidade não foi recepcionada pela nova ordem constitucional. O art. 21 do CPP foi revogado pela CF de 1988, pois em seu art. 136, § 3.º, IV, proíbe a incomunicabilidade durante o estado de defesa. Logo, se a CF proíbe o mais, também proíbe o menos. Em sentido contrário: o Prof. Damásio de Jesus entende que a proibição está relacionada com crimes políticos ocorridos durante o estado de defesa.

Predomina o entendimento de que o art. 21 do CPP é inconstitucional. Porém, nos concursos, devemos considerá-lo constitucional.

1.11. *Notitia Criminis*

1.11.1. Conceito

É o conhecimento, espontâneo ou provocado, de um fato aparentemente delituoso pela autoridade policial.

1.11.2. Espécies

- *Notitia Criminis de cognição direta, imediata, espontânea*: ocorre quando a autoridade policial toma conhecimento direto da infração penal por meio de suas atividades rotineiras. Ex.: policiamento, imprensa, pelo encontro do corpo de delito ou até pela delação anônima. A delação anônima (apócrifa) é chamada de *notitia criminis* inqualificada;

- *Notitia Criminis de cognição indireta, mediata*: quando a autoridade policial toma conhecimento por meio de alguma comunicação oficial. Também é chamada de *notitia criminis* de cognição provocada ou qualificada, quando a autoridade policial toma conhecimento do fato por requisição do MP ou autoridade policial. Sendo a comunicação feita por meio de algum ato jurídico de comunicação formal do delito, temos como exemplo a *delactio crimini* que é o requerimento feito pela vítima ou por qualquer um do povo, contendo a narração do fato com todas as circunstâncias, a individualização do suspeito e a indicação das provas. É subscrita pelo *requerente* (*notitia criminis* qualificada).

A *delactio criminis* se divide em:

- *simples*: só comunica o fato;

- *postulatória*: além de comunicar o fato, postula providências.

- *Notitia Criminis de cognição coercitiva*: ocorre com a prisão em flagrante, em que a notícia ocorre com a apresentação do autor.

1.12. Início do Inquérito Policial

1.12.1. Nos crimes de ação pública incondicionada

- *de ofício, mediante portaria ou por despacho do Delegado de Polícia,* que deverá conter o esclarecimento das circunstâncias conhecidas e a capitulação legal da infração. Necessário sempre para a instauração do inquérito policial, a existência de justa causa.

- *por requisição do Juiz (art. 40 do CPP) ou Promotor de Justiça (art. 129, VIII, da CF/88 e art. 5.º, II, do CPP)*. A autoridade policial não pode se recusar a instaurar o inquérito, pois a requisição tem natureza de determinação, de ordem, muito embora inexista subordinação hierárquica.

- *pela delactio criminis*, quando a comunicação de um crime é feita pela vítima ou qualquer um do povo. Caso a autoridade policial indefira a instauração de inquérito, caberá recurso ao Secretário de Estado dos Negócios da Segurança Pública ou ao Delegado Geral de Polícia (art. 5.º, § 2.º, do CPP). A *delactio criminis* é mera faculdade conferida ao cidadão de colaborar com a atividade repressiva do Estado. Contudo, há algumas pessoas que, em razão do seu cargo ou da sua função, estão obrigadas a notificar no desempenho de suas

atividades (art. 66, I e II, da LCP; art. 45 da Lei n. 6.538/78; arts. 104 e 105 da Lei de Falências).

1.12.2. Nos crimes de ação pública condicionada

- *por representação do ofendido ou de seu representante legal*. A representação é simples manifestação de vontade da vítima ou de seu representante legal, não há exigência formal para a sua elaboração.
- *requisição do Ministro da Justiça*, que deve ser encaminhada ao chefe do MP, o qual poderá, desde logo, oferecer a denúncia ou requisitar diligências à polícia.

1.12.3. Nos crimes de ação privada

Requerimento do ofendido, de seu representante legal ou sucessores, conforme disposto no art. 5.º, § 5.º, do CPP c.c. os arts. 30 e 31 também do CPP.

Para o Prof. Fernando Capez, o art. 35 do CPP não foi recepcionado pela CF/88, tendo em vista o art. 226, § 5.º, da CF/88, podendo a mulher casada requerer a instauração do inquérito policial independentemente de outorga marital.

O art. 19 do CPP dispõe que, nos crime em que não couber ação pública, os autos do inquérito serão remetidos ao juízo competente.

Obs. 1: O inquérito policial também pode começar mediante auto de prisão em flagrante nos três casos. Nos crimes de ação pública condicionada e de ação privada, o ofendido deverá ratificar o flagrante até a entrega da nota de culpa (24h).

Obs. 2: A autoridade policial não poderá instaurar o inquérito policial se não houver justa causa. Porém, o desconhecimento da autoria ou a possibilidade do sujeito ter agido sob a proteção de alguma excludente da ilicitude não impede a instauração do inquérito.

MÓDULO IV

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Inquérito Policial

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Inquérito Policial

1. PROVIDÊNCIAS DA AUTORIDADE POLICIAL

O inquérito policial não tem um procedimento rígido, ou seja, uma seqüência imutável de atos. O art. 6.º do CPP traz a seqüência (roteiro) pela qual normalmente se procede.

1.1. Primeira Providência

Dirigir-se ao local do crime e preservar o estado de coisas até a chegada da perícia. Qualquer alteração no estado de coisas pode comprometer as provas a serem produzidas.

O art. 169 do CPP cuida da chamada perícia de local (esta é a regra). *Exceção*: acidente automobilístico em que os veículos devem ser deslocados com a finalidade de desobstruir a via pública (Lei n. 5.970/73).

1.2. Segunda Providência

Apreender os objetos e instrumentos do crime após liberação pela perícia (art. 11 do CPP – instrumentos e objetos do crime apreendidos serão anexados ao inquérito policial).

Para essa apreensão, é necessária uma diligência denominada busca e apreensão, que pode consistir em busca e apreensão domiciliar. Pode ser realizada em qualquer dia, porém devem ser respeitadas as garantias de inviolabilidade domiciliar (art. 5.º, XI, da CF/88).

À noite, só se pode entrar no domicílio alheio em quatro situações:

- a convite do morador;
- flagrante delito;
- para prestar socorro;
- em caso de desastre.

E durante o dia:

- as quatro situações acima citadas;
- mediante prévia autorização judicial, corporificada em instrumento denominado *mandado de busca e apreensão*.

Antes, a autoridade policial não precisava de autorização judicial, porém, mesmo com esta, não podia entrar à noite. Aplicava-se o art. 172 do CPC por analogia, contudo, em dezembro de 1994, esse artigo teve sua redação alterada. Não é mais possível sua aplicação.

Critério físico: dia é o período que medeia entre o romper da aurora e o crepúsculo solar; entre o nascer e o pôr-do-sol; das 6 às 18h.

Domicílio (art. 150, § 4.º, do CP) é qualquer compartimento habitado; aposento ocupado por habitação coletiva; compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade. Ex.: quarto de hotel, motel.

Escritório de advogado, na parte aberta ao público, não é domicílio, mas sua sala é.

Balcão de bar é domicílio, portanto, na análise da Lei n. 9.437/97, basta o registro de arma, e não o porte.

Automóvel não é domicílio.

A busca pessoal é aquela feita na própria pessoa. Independe de mandado, bastando a fundada suspeita. Pode ser realizada a qualquer dia e a qualquer hora, salvo se a pessoa estiver em seu domicílio.

1.3. Terceira Providência

Ouvir o ofendido e as testemunhas.

Podem ser conduzidos coercitivamente se o ofendido ou a testemunha desatenderem ao mandado (princípio da autoritariedade – art. 201, par. ún., do CPP). O ofendido e testemunha podem cometer crime de desobediência (art. 219 do CPP e art. 330 do CP).

A testemunha tem o dever de falar a verdade, sob pena de crime de falso testemunho (art. 342 do CP). O ofendido, mesmo mentindo, não comete crime de falso testemunho. No caso do representante do MP e do Magistrado como testemunhas, estes podem marcar antecipadamente dia e hora para sua oitiva.

1.4. Quarta Providência

- *Indiciamento*: consiste na suspeita oficial acerca de alguém, ou seja, na imputação a alguém, em inquérito, da prática de ilícito penal, sempre que houver razoáveis indícios de sua autoria. "É o rascunho da denúncia" (Pitombo). É um ato abstrato, um juízo de valor da autoridade policial que vai reconhecer alguém como principal suspeito. O ato seguinte é a identificação criminal.

- *Entendimento do STF*: "Após a edição do texto constitucional promulgado em 5.10.1988, o identificado civilmente não será submetido à identificação criminal, salvo exceções que a lei ainda não fixou".

1.5. Quinta Providência

Reprodução simulada dos fatos (reconstituição). Há duas limitações:

- não pode atentar contra a moral e os bons costumes;

- não pode atentar contra o direito de defesa.

Se o indiciado, portanto, nega a autoria de um crime, ele não será obrigado a realizar a reconstituição ou realizá-la de forma diferente do que afirmou.

1.6. Sexta Providência

Encerramento do inquérito policial com o relatório, que é a narração objetiva das diligências feitas pela autoridade. A autoridade somente pode fornecer a classificação jurídica do fato e essa classificação não vincula o MP.

2. INTERROGATÓRIO

2.1. Primeira Observação

O interrogatório extrajudicial será assinado pelo Delegado de Polícia, pelo escrivão, pelo indiciado e por duas testemunhas (*testemunhas instrumentárias*: são aquelas que, em vez de deporem sobre os fatos, depõem sobre a regularidade do procedimento. Espécies: testemunhas de leitura).

2.2. Segunda Observação

O interrogatório extrajudicial tem valor probatório relativo e só valerá se confirmado por outros elementos de prova.

2.3. Terceira Observação

A CF consagrou o direito de silêncio ao indiciado. A autoridade policial, portanto, deve informá-lo desse direito (art. 5.º, LXIII, da CF), não podendo mais adverti-lo de que seu silêncio poderá prejudicar sua própria defesa, conforme art. 186 do CPP, já que este não foi recepcionado pela CF.

2.4. Quarta Observação

A autoridade policial não precisa intimar o defensor do indiciado para acompanhar o ato, muito menos nomear um defensor.

2.5. Quinta Observação

Embora tenha o direito de permanecer calado, o indiciado deverá atender à intimação e comparecer ao ato. Cabe condução coercitiva do indiciado que não queira comparecer.

2.6. Sexta Observação

Interrogatório do indiciado menor (dos 18 aos 21 anos), relativamente incapaz no CPP: a autoridade deverá nomear um curador. Se não nomear curador no inquérito policial, nada acontecerá, pois esta é mera peça informativa, cujos vícios não afetam a ação penal. Como sanção haverá a perda da credibilidade do contraditório.

No caso de prisão em flagrante, *poderá* haver relaxamento por vício formal. Se o interrogatório for judicial, haverá nulidade (art. 564, III, "c", do CPP). A idade considerada é a do dia do interrogatório (*tempus regit actum*). O interrogatório extrajudicial tem valor probatório relativo e depende de confirmação por prova produzida sob o crivo do contraditório.

Qualquer pessoa pode ser nomeada curador, que não necessita ser um advogado, bastando para tanto ser maior e capaz. A jurisprudência faz, no entanto, uma restrição em relação aos policiais, pois estes têm interesse na investigação.

3. PRAZO PARA ENCERRAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL

Deve ser encerrado no prazo de 30 dias a partir da instauração (recebimento da *notitia criminis*), se o indiciado estiver solto. Não terminado o inquérito no prazo de 30 dias, bastará que a autoridade policial requeira a prorrogação por mais 30 dias. Se o indiciado estiver preso, o prazo será de 10 dias, contados da data da efetivação da prisão, e não se admitirá qualquer prorrogação.

O prazo é de Direito Processual (conta-se a partir do primeiro dia útil seguinte). O decurso não acarretará a perda do direito de punir, apenas o relaxamento da prisão. A jurisprudência tem entendido, no entanto, que, embora se trate de prazo processual, como se cuida da restrição da liberdade, deve ser contado conforme o Direito Penal (conta-se o dia do começo e exclui-se o do final). É um prazo processual que se conta como penal.

Obs.: Se o inquérito estiver tramitando perante a Justiça Federal, o prazo será de 15 dias, prorrogável por mais 15 se o indiciado estiver preso. Se o indiciado estiver solto, o prazo é de 30 dias, com a possibilidade de prorrogação por mais 30 dias.

No caso de crime previsto na Lei de Tóxicos, o prazo para conclusão do inquérito com o indiciado preso será de 5 dias se o crime estiver previsto nos arts. 15, 16 e 17, e de 10 dias se previsto nos arts. 12, 13 e 14.

No caso de crimes contra a economia popular, o prazo é de 10 dias, estando o indiciado preso ou não.

4. ARQUIVAMENTO

Só pode ser determinado pelo Juiz se houver pedido do MP. Se o Juiz discordar do pedido de arquivamento, ele aplicará o disposto no art. 28 do CPP, ou seja, remeterá os autos ao Procurador-Geral de Justiça, que pode:

- *designar outro Promotor de Justiça para oferecer a denúncia* (princípio da independência funcional). O Promotor de Justiça designado não pode recusar-se, pois quem está denunciando é o Procurador-Geral; e aquele estará apenas executando (trata-se de delegação);
- *devolver os autos para diligências complementares*;
- *insistir no arquivamento*. Nesse caso, o Poder Judiciário não poderá discordar do arquivamento.

Arquivado o inquérito policial, não poderá ser promovida a ação privada subsidiária da pública, nem recurso contra decisão que determinou o arquivamento. Isso porque, arquivado o inquérito, só poderá ser reaberto com novas provas (Súmula n. 524 do STF). O ofendido não pode iniciar a ação por meio de ação privada.

Exceções (recurso contra decisão de arquivamento):

- em casos de crime contra a economia popular, caberá recurso de ofício;
- em casos de jogo do bicho e mendicância, caberá recurso em sentido estrito.

Se o tribunal der provimento a esses recursos, o inquérito policial será remetido ao Procurador-Geral de Justiça.

Se o Promotor de Justiça requerer a devolução dos autos à polícia para diligências complementares, o Juiz deverá, caso discorde, aplicar, por analogia, o art. 28 do CPP, e não determinar a volta dos autos ao Promotor de Justiça para promover a denúncia. Se assim fizer, caberá correição parcial.

Não existe arquivamento em ação privada, pois o pedido de arquivamento feito pela vítima significa renúncia (extinção da punibilidade).

MÓDULO V

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Praça Almeida Júnior, 72 – Liberdade – São Paulo – SP – CEP 01510-010
Tel.: (11) 3346.4600 – Fax: (11) 3277.8834 – www.damasio.com.br

1. DA AÇÃO PENAL

1.1. Conceito

Ação penal é o instrumento pelo qual o Estado busca, por intermédio de seu representante, a imposição de uma sanção para o acusado de ato praticado e tipificado como crime ou contravenção na legislação penal pátria.

1.2. Classificação

Segundo o art. 100 do CP, que traça diretrizes básicas sobre a classificação da ação penal, esta pode ser ação penal pública ou ação penal de iniciativa privada.

1.2.1. Ação penal pública

A ação penal pública tem como titular exclusivo (legitimidade ativa) o MP (art. 129, I, da CF/88). Para identificação da matéria incluída no rol de legitimidade exclusiva do MP, deve-se observar a lei penal. Se o artigo ou as disposições finais do capítulo nada mencionar ou mencionar as expressões “somente se procede mediante representação” ou “somente se procede mediante requisição do Ministro da Justiça”, somente o Órgão Ministerial poderá propor a denúncia (peça inicial de toda a ação penal pública). Vale lembrar que, apesar de a matéria constar no rol de legitimidade exclusiva do

MP, ante a sua inércia (MP não oferece a denúncia no prazo legal), pode o ofendido ou seu representante legal ingressar com ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública (art. 5.º, LIX, da CF/88).

A ação penal pública subdivide-se em ação penal pública incondicionada e ação penal pública condicionada.

a) Ação penal pública incondicionada

O MP independe de qualquer condição para agir. Quando o artigo de lei nada mencionar, trata-se de ação penal pública incondicionada. É regra no Direito Penal brasileiro.

b) Ação penal pública condicionada

Apesar de o MP ser o titular de tal ação (somente ele pode oferecer a denúncia), depende de certas *condições de procedibilidade* para ingressar em juízo. Sem estas condições, o MP não pode oferecer a denúncia.

A condição exigida por lei pode ser a representação do ofendido ou a requisição do Ministro da Justiça.

- *Representação do ofendido:* Representação é a manifestação do ofendido ou de seu representante legal, autorizando o MP a ingressar com a ação penal respectiva.

  Se o artigo ou as disposições finais do capítulo mencionar a expressão “somente se procede mediante representação”, deve o ofendido ou seu representante legal representar ao MP para que este possa ingressar em juízo. A representação não exige formalidades,

deve apenas expressar, de maneira inequívoca, a vontade da vítima de ver seu ofensor processado. Pode ser dirigida ao MP, ao Juiz de Direito ou à autoridade policial (art. 39 do CPP). Pode ser escrita (regra) ou oral, sendo que, neste caso, deve ser reduzida a termo.

A representação tem natureza jurídica de condição de procedibilidade.

A vítima (ou seu representante legal) tem o prazo de seis meses da data do conhecimento da autoria (e não do crime) para ofertar sua representação (art. 38 do CPP). Tal prazo é contado da oferta da representação e não do ingresso do MP com a ação penal, podendo o MP oferecer a denúncia após os seis meses. Tal prazo não corre contra o menor de 18 anos, ou seja, após completar 18 anos, a vítima terá seis meses para representar ao MP. Em qualquer caso, tal prazo é de direito material (segue as regras do art. 10 do CP – computa-se o dia do começo e não se prorroga no último dia).

Se a vítima for menor de 18 anos, somente seu representante legal pode oferecer a representação. Se maior de 18 e menor de 21 anos, tanto ela como seu representante legal, com prazos independentes (Súmula n. 594 do STF), podem oferecer a representação e, caso haja conflito entre os interesses de ambos, prevalece a vontade de quem quer representar.

Se houver conflito entre o interesse do ofendido e o do seu representante legal, será nomeado um curador especial, que verificará a possibilidade ou não da representação.

Segundo o art. 25 do CPP, pode o ofendido retratar-se (ou seja, desistir da representação) até o oferecimento da denúncia.

Pode haver a retratação da retratação (a pessoa retira a representação e depois a oferece de novo – sempre dentro dos seis meses da data do conhecimento da autoria).

A representação não vincula (obriga) o MP a ingressar com a ação; o MP só oferecerá a denúncia se vislumbrar a materialidade do crime e os indícios de autoria (poderá pedir o arquivamento do feito).

A requisição é autorização para a persecução penal de um *fato* e não de *pessoas* (eficácia objetiva).

- *Requisição do Ministro da Justiça:* Requisição é o ato político e discricionário pelo qual o Ministro da Justiça autoriza o MP a propor a ação penal pública nas hipóteses legais.

Se o artigo ou as disposições finais do capítulo mencionar a expressão "somente se procede mediante requisição do Ministro da Justiça", para que o MP possa oferecer a denúncia, é necessária a requisição do Ministro. Tem natureza jurídica de *condição de procedibilidade* e, como a representação, *não vincula* o MP a oferecer a denúncia (pode requerer o arquivamento).

A requisição é autorização para a persecução penal de um *fato* e não de *pessoas* (eficácia objetiva).

O Ministro da Justiça *não tem prazo* para oferecer a requisição, quer seja, pode oferecê-la a qualquer tempo (não se sujeita aos seis meses de prazo como na representação).

A lei silencia sobre a possibilidade de representação. Sobre o assunto, a doutrina apresenta duas orientações:

- segundo o Prof. Damásio de Jesus, entre outros, deve-se aplicar a analogia à representação (art. 25 do CPP), sendo, portanto, possível a retratação;
- segundo outra parte da doutrina, a requisição é irretratável, pois o art. 25 do CPP não prevê tal possibilidade.

2. PRINCÍPIOS DA AÇÃO PENAL PÚBLICA

2.1. Princípio da Oficialidade

Somente o MP pode oferecer a denúncia (art. 129, I, da CF/88). Esse princípio extinguiu o chamado procedimento judicialiforme, também chamado de "jurisdição sem ação" (nas contravenções penais - art. 26 do CPP; nas lesões corporais culposas e no homicídio culposo). Nesses casos, o Juiz, por meio de portaria, iniciava a ação penal (não havia denúncia por parte do MP).

2.2. Princípio da Obrigatoriedade

O MP tem o dever, e não a faculdade, de ingressar com a ação penal pública, quando identificar a hipótese de atuação, ou seja, se o MP concluir que houve um fato típico e ilícito. Como o Órgão Ministerial tem o dever de ingressar com a ação penal pública, o pedido de arquivamento deve ser motivado (art. 28 do CPP). Esse princípio foi mitigado (restrito) com a entrada em vigor da Lei n. 9.099/95 (arts. 74 e 76). Antes de oferecer a denúncia, o MP pode oferecer a transação (um acordo) com o autor do fato (princípio da discricionariedade regrada).

2.3. Princípio da Indisponibilidade da Ação Penal Pública

Depois de proposta a ação, o MP não pode dela desistir (art. 42 do CPP). O art. 564, III, “d”, do CPP prevê que o MP deve manifestar-se sobre todos os termos da ação penal pública. Também foi mitigado pela Lei n. 9.099/95 (somente em crimes de menor potencial ofensivos e nas contravenções penais - art. 89). O MP pode celebrar a transação com o réu.

2.4. Princípio da Indivisibilidade

O MP não pode escolher, dentre os indiciados, qual vai processar. Decorre do princípio da obrigatoriedade.

2.5. Princípio da Intranscendência

A ação penal não pode passar da pessoa do autor e do partícipe. Somente estes podem ser processados (não pode ser contra os pais ou representante legal do autor ou partícipe).

Tanto a ação penal pública incondicionada como a condicionada se norteiam por tais princípios. Quando se tratar, porém, de ação penal pública condicionada, deve ser observada a representação do ofendido ou a requisição do Ministro da Justiça (condições de procedibilidade).

DIREITO PROCESSUAL PENAL

1. AÇÃO PENAL PRIVADA

1.1. Conceito

É a ação proposta pelo ofendido ou seu representante legal.

1.2. Substituição processual

O Estado é o titular exclusivo do direito de punir. Nas hipóteses de ação penal privada, ele transfere ao particular a iniciativa da ação penal, mas não o direito de punir. O ofendido, portanto, em nome próprio, defende interesse alheio (legitimação extraordinária). Na ação penal pública, ocorre legitimação ordinária porque é o Estado soberano, por meio do MP, que movimenta essa ação.

1.3. Espécies de Ação Penal Privada

- *Ação penal exclusivamente privada*: é aquela proposta pelo ofendido ou seu representante legal e, no caso de morte do ofendido, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ao ascendente, ao descendente ou ao irmão (art. 31 do CPP).
- *Ação penal privada personalíssima:* é aquela que só pode ser promovida única e exclusivamente pelo ofendido. Ex.: adultério (art. 240 do CP), induzimento a erro essencial (art. 236 do CP).

- *Ação penal privada subsidiária da pública:* aquela proposta pelo ofendido ou por seu representante legal na hipótese de inércia do MP em oferecer a denúncia.

1.4. Prazo

Em regra, o prazo para o oferecimento da queixa é de 6 meses a partir do conhecimento da autoria. Esse é um prazo decadencial, pois seu decurso leva à extinção do direito de queixa. A decadência não extingue o direito de punir (o que leva tal direito à extinção é a prescrição e não a decadência). A decadência extingue o direito de ação (queixa) e o direito de representação.

A decadência é um prazo de direito material contado de acordo com o CP. O prazo decadencial para o oferecimento da queixa interrompe-se com o seu oferecimento, e não com o seu recebimento. O recebimento interrompe a prescrição. O prazo decadencial não se prorroga caso termine num domingo ou feriado. Inclui-se o dia do começo e exclui-se o do fim. No caso da ação privada subsidiária da pública, o prazo decadencial é de 6 meses também, contudo, conta-se a partir do encerramento do prazo para oferecimento da denúncia.

A decadência do direito de queixa subsidiária não extingue a punibilidade, só extingue o direito de ação, portanto, o MP pode oferecer a denúncia a qualquer tempo. A ação privada subsidiária da pública conserva sua parte pública.

1.5. Princípios da Ação Penal Privada

1.5.1. Princípio da conveniência ou oportunidade

O ofendido tem a faculdade, não o dever de propor a ação penal.

1.5.2. Princípio da disponibilidade

O ofendido pode desistir ou abandonar a ação penal privada. O perdão do ofendido depende da aceitação da outra parte. A desistência com a aceitação do ofendido equivale ao perdão.

1.5.3. Princípio da indivisibilidade

O ofendido é obrigado a incluir na queixa todos os ofensores. O ofendido não é obrigado a entrar com queixa, mas, se o fizer, é obrigado a interpor contra todos (art. 48 do CPP). Ainda, segundo o princípio da indivisibilidade, a extinção da punibilidade alcança todos os querelados.

1.6. Denúncia e Queixa

1.6.1. Requisitos da denúncia

- *Endereçamento da denúncia:* o endereçamento equivocado caracteriza mera irregularidade. O que causa nulidade não é o endereçamento errado, mas sim o Juiz incompetente remeter ao Juiz competente antes de recebê-la.
- *Descrição completa dos fatos:* todas as circunstâncias. Mais importante, pois, no processo penal, é o réu se defenderdos fatos, sendo irrelevante a classificação jurídica destes. O que limita a sentença são os fatos. A narração incompleta dos mesmos pode ou

não acarretar a nulidade da denúncia. Só haverá nulidade se a deficiência inviabilizar o exercício do direito de defesa. Na hipótese de concurso de agentes (co-autoria e participação), é necessária a descrição da conduta de cada um. Exceções:

- crimes de autoria coletiva (praticados por multidão);
- delitos societários (diretores se escondem atrás da pessoa jurídica).

- *Classificação jurídica dos fatos: não é essencial, pois o réu se defende dos fatos e não da acusação jurídica (juria novit curia – o Juiz conhece o direito). Art. 383 do CPP – emendatio libeli: corrigir a acusação. O Juiz não pode receber a denúncia e, nesse momento, dar uma classificação jurídica diversa, porque a fase correta para isso é a sentença; o recebimento é uma decisão de mera prelibação, sem o exame aprofundado da prova; não há prova produzida pelo crivo do contraditório. O recebimento com classificação diversa é recebimento parcial e, portanto, dele cabe recurso.*

- *Qualificação do denunciado: individualizar quem está sendo acusado. Não havendo dados para a qualificação do acusado, a denúncia deverá oferecer seus dados físicos (traços característicos), desde que possível sua caracterização.*

- *Rol de testemunhas: a denúncia é o momento oportuno para se arrolarem testemunhas, sob pena de preclusão. Perdida essa oportunidade, dependerá de consentimento do Juiz.*

- *Pedido de condenação: não se exige formula sacramental ("peço a condenação"), basta que fique implícita essa vontade. A falta acarreta mera irregularidade.*

- *Nome, cargo e posição funcional: só haverá nulidade quando essa falta* inviabilizar por completo a identificação da autoria da denúncia.
- *Assinatura.*

Denúncia alternativa é a descrição alternativa de fatos, de maneira que, não comprovado o primeiro fato, pede-se a condenação do segundo subsidiariamente (princípio da eventualidade). A denúncia alternativa é inepta, pois inviabiliza o direito de defesa. Segundo a Súmula n. 1 das mesas de Processo Penal da USP, a denúncia alternativa não deve ser aceita.

1.6.2. Requisitos da queixa

São os mesmos requisitos da denúncia, acrescidos do art. 44 do CPP. Na procuração, devem constar o fato criminoso e o autor, caso contrário o advogado estará cometendo um crime.

1.7. Causas de Rejeição da Denúncia ou Queixa

1.7.1. Quando o fato narrado evidentemente não constituir crime

O Juiz só rejeitará a denúncia quando da leitura do fato concluir que este é atípico ou que está acobertado com causa de exclusão de ilicitude. Nesse caso, falta uma condição da ação. Há uma verdadeira impossibilidade jurídica do pedido. O art. 43, I, do CPP faz coisa julgada material (não pode ser oferecida a denúncia de novo).

1.7.2. *Quando já estiver extinta a punibilidade do agente*

Falta uma condição da ação, que é o interesse de agir. Faz coisa julgada material (art. 43, II, do CPP).

1.7.3. *Ilegitimidade de parte*

Implica rejeição *in limine* (art. 43, III, do CPP).

1.7.4. *Quando faltar condição de procedibilidade*

Ex.: entra com denúncia sem representação (art. 43, III, 2.ª parte, do CPP).

1.7.5. *Quando faltar justa causa para a denúncia*

É preciso um mínimo de lastro probatório (art. 648, I, do CPP).

1.8. Renúncia

É a abdicação do direito de oferecer queixa ou representação. Só será possível renunciar a uma ação penal privada ou a uma ação penal pública condicionada, tendo em vista que o MP jamais poderá renunciar qualquer ação pública.

A renúncia é unilateral, ou seja, não depende da aceitação do réu, sendo causa extintiva da punibilidade. A renúncia, no entanto, é extraprocessual, ou seja, só poderá existir renúncia antes da propositura da ação.

Existem duas formas de renúncia:

- *expressa*: quando houver uma declaração assinada pela vítima;
- *tácita*: quando a vítima praticar ato incompatível com a vontade de processar (ex.: o casamento da vítima com o agressor).

A renúncia concedida a um réu estende-se a todos, ou seja, quando houver vários réus, caso haja renúncia a um deles, haverá, obrigatoriamente, renuncia a todos.

No caso de dupla titularidade, a renúncia de um não significa a renúncia do outro.

Não se deve confundir renúncia com desistência, tendo em vista que aquela ocorre antes da propositura da ação e esta depois da propositura da ação. A única situação de desistência da ação está prevista no art. 522 do CPP.

1.9. Perdão do Ofendido

Só será possível na ação penal privada, tendo em vista que o MP jamais poderá perdoar o ofendido. O perdão obsta o prosseguimento da ação, causando a extinção da punibilidade. Só haverá o perdão após o início da ação, pois, tecnicamente, o perdão antes da ação seria a renúncia. O limite para ser dado o perdão é o trânsito em julgado final.

Existem duas formas de perdão:

- *expresso:* quando houver uma declaração assinada pelo querelante;
- *tácito:* quando o querelante praticar ato incompatível com a vontade de processar.

O perdão é bilateral, ou seja, dependerá sempre da aceitação do querelado. Caso não haja aceitação, o processo prosseguirá. A aceitação do réu poderá ser:

- *expressa:* quando houver uma declaração assinada pelo querelado;
- *tácita:* se o querelado não se manifestar em três dias.

O perdão concedido a um co-réu estende-se a todos, entretanto, se algum dos co-réus não o aceitar, o processo seguirá para ele. É possível o perdão parcial (p. ex.: perdoar por um crime e não perdoar por outro), sendo uma posição doutrinária sem previsão legal.

No caso de dupla titularidade, o perdão concedido por um, havendo oposição do outro, não produzirá efeitos.

1.10. Perempção

Significa a "morte" da ação penal privada em razão da negligência do querelante.

São hipóteses de perempção:

- quando o querelante deixa de promover o andamento do processo por 30 dias seguidos, a perempção é automática;
- quando morre o querelante e nenhum sucessor aparece para dar prosseguimento à ação. O sucessor terá 60 dias para dar seguimento ao processo;
- quando o querelante deixa de comparecer a ato em que deveria

pessoalmente estar presente;

- quando o querelante deixa de pedir a condenação do querelado nas alegações finais;
- quando o querelante é pessoa jurídica que se extingue sem deixar sucessor;
- quando morre o querelante na ação penal privada personalíssima.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

1. AÇÃO CIVIL *EX DELICTO*

Ação Civil *ex delicto* é a ação cível que pode ser proposta pelo ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros em razão da ocorrência de um delito. Sua finalidade é a obtenção da reparação do dano. Está disposta nos arts. 63 a 67 do CPP. É proposta no juízo cível contra o autor do crime ou seu responsável civil.

Dispõe o par. ún. do art. 64 do CPP, *in verbis*: "Intentada a ação penal, o Juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela".

Se a ação penal, portanto, ainda estiver em curso, a vítima poderá entrar com a ação civil no juízo cível para requerer a indenização. Como poderá ocorrer, no entanto, o conflito de decisões, o Juiz da ação civil poderá suspender o curso dessa ação até julgamento final da ação penal.

Em regra, a absolvição do réu no juízo criminal não impede a ação civil de indenização, que poderá ser proposta quando não tiver sido categoricamente reconhecida a inexistência material do fato. Também não impedirão a propositura da ação civil:

- o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;
- a decisão que julgar extinta a punibilidade;
- a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

Não cabe ação civil:

- quando o Juiz criminal reconhecer a inexistência do fato;
- quando o Juiz criminal reconhecer que o sujeito não participou do fato;
- quando o Juiz criminal reconhecer uma causa excludente da antijuricidade (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito ou estrito cumprimento do dever legal). Nesta hipótese, entretanto, pode haver exceção em que caiba ação civil nos casos previstos nos arts. 1.519 e 1.520 do CC (estado de necessidade agressivo quando há ofensa a um inocente) e no art. 1.540 do CC (legítima defesa real com *aberratio ictus*, ou seja, erro de alvo cometido pelo agente do crime).

1.2. Execução Civil

A sentença penal condenatória, com trânsito em julgado, poderá ser executada no juízo cível, mas como o Juiz criminal não fixa o *quantum*, é necessário que se faça a liquidação da sentença. Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1.º e 2.º, do CPP), a execução da sentença condenatória (art. 63 do CPP) ou a ação civil (art. 64 do CPP) será promovida, a seu requerimento, pelo MP.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Jurisdição e Competência

1. PRINCÍPIOS GERAIS DA JURISDIÇÃO

Jurisdição é a função por meio da qual o Estado-Juiz aplica o Direito ao caso concreto.

Características:

- *Inércia:* a jurisdição não age de ofício, depende de provocação das partes, pois, caso contrário, sua imparcialidade ficaria abalada, *ne procedat iudex ex oficio*.
- *Indelegabilidade:* a jurisdição não pode ser delegada a nenhum outro órgão. O Judiciário é um Poder Constituído, que recebeu sua função do Poder Constituinte, previsto na CF/88. "Não se pode delegar o que se recebeu por delegação", *dellegatur dellegare non potest*.
- *Investidura:* apenas aquele legalmente investido no exercício da função jurisdicional é que pode exercê-la.
- *Inevitabilidade:* consiste em sujeição do réu ao processo e sujeição de ambas as partes à decisão.
- *Inafastabilidade* ou *indeclinabilidade:* a lei não pode excluir a apreciação de lesão ao Direito. O legislador não pode produzir leis restringindo o acesso ao Judiciário e o próprio Judiciário não pode

deixar de julgar, não pode declinar de sua função. Está expresso na CF/88 no art. 5.º, inc. XXXV.

- *Aderência ao território:* a jurisdição é reflexo do poder soberano do Estado, atua dentro do território nacional. Para a jurisdição atuar em outro país, é preciso que o outro país a aceite. Ex.: carta rogatória.

1.1. Competência

Competência é a medida da jurisdição, é a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído por lei a um órgão ou grupo de órgãos. Os arts. 69 e ss. do CPP estabelecem os critérios de competência. São eles:

I – o lugar da infração;

II – o domicílio ou residência do réu;

III – a natureza da infração;

IV – a distribuição;

V – a conexão ou continência;

VI – a prevenção;

VII – a prerrogativa de função.

Obs.: a conexão e a continência não são critérios de fixação de competência, são critérios de modificação de competência.

1.2. Determinação da Competência – Foro Competente

Foro é o território dentro do qual determinado órgão judicial exerce sua parcela de jurisdição.

Âmbito Estadual – 1.ª instância – comarca e 2.ª instância – TJ/TACrim.

Âmbito Federal – 1.ª instância – seção ou subseção judiciária e 2.ª instância – TRF.

1.2.1.Competência pelo lugar da infração (art. 69, I, do CPP)

Usa-se como regra, para fixar a competência, o lugar da infração. O CPP, no art. 70, utilizou o local onde ocorreu a consumação ou, no caso de tentativa, o lugar em que foi praticado o último ato de execução. O domicílio do réu é um critério subsidiário que só será utilizado se for impossível determinar o lugar da infração.

Atenção! Não confundir:

Art. 4.º do CP – Tempo do crime, *teoria da atividade* – considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado. Importante para identificar a lei penal aplicável ao caso, a idade do agente ao tempo da infração etc.

Art. 6.º do CP – Lugar do crime, *teoria da ubiqüidade* – considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado. Importante para identificar se a lei penal brasileira será aplicada ao fato criminoso. Se a ação ou o resultado ocorreram aqui no Brasil, a lei penal pátria será aplicada.

Art. 70 do CPP – Lugar do crime para a fixação da competência, *teoria do resultado*, o local da consumação será o foro competente para iniciar a ação penal.

1.2.2. Casos especiais

a) Estelionato mediante a emissão de cheque sem fundo (art. 171, § 2.º, VI, do CP)

O crime se consuma quando o banco sacado recusa o pagamento. O foro competente será o do banco sacado que recusou o pagamento do cheque.

É esse o entendimento das Súmulas n. 521 do STF e n. 244 do STJ (1.2.2001).

b) Estelionato (art. 171,* caput*, CP)

Foro competente: local do prejuízo. Ex.: Adonilza encontra uma folha de cheque na rua, vai até uma loja e faz uma compra, fazendo-se passar por titular do cheque, o lojista enganado entrega a mercadoria. O foro competente para a ação penal será o do local do prejuízo – Súmula n. 48 do STJ.

c) Crimes qualificados pelo resultado (Ex.: art. 129, § 2.º, V, lesão corporal qualificada pelo resultado aborto)

O local da consumação do resultado agravador será o foro competente para a propositura da ação penal.

d) Falso testemunho praticado mediante precatória

O foro competente será o Juízo deprecado. O local onde ocorreu a oitiva da testemunha será o competente.*e) Homicídio doloso consumado*

A jurisprudência entende que o foro competente será o do local da ação e não do resultado, pois, dessa forma, o réu será julgado pelos seus pares, além de facilitar a produção de provas, já que as testemunhas que não residem na mesma comarca onde se processa a ação não têm obrigação de comparecer.

f) Crime de extorsão mediante seqüestro

Crime permanente, sua fase consumativa se prolonga no tempo. Está consumado o crime com a privação da liberdade por tempo juridicamente relevante. Ex.: um empresário seqüestrado em São Paulo é levado para cativeiro em Campinas, depois o cativeiro é mudado para Americana. A consumação desse crime ocorreu em todos esse lugares. A competência, nesse caso, fixa-se pela prevenção .

g) Crime que se consuma na divisa entre duas cidades

O foro competente será qualquer uma das cidades; fixa-se pela prevenção.

h) Tentativa

O foro competente será o do último lugar da execução, onde ocorreu o último ato.

i) Crimes a distância,* iter criminis *ocorre entre dois países

Ex.: execução no Brasil e consumação em outro país, ou execução em outro país e consumação no Brasil. Foro competente será o lugar do último ato de execução ou o lugar onde o crime se consumou ou deveria ocorrer a consumação.

Ex. 1: terrorista envia carta-bomba da Argentina para explodir em São Paulo, sendo que a explosão não vem a acontecer. O foro competente para propor a ação será São Paulo.

Ex. 2: brasileiro mata empresário em Nova York. A execução e a consumação do crime ocorreram no exterior, entretanto será julgado pelas leis brasileiras em razão da extraterritorialidade da lei penal. O foro competente para processar a ação será a Capital do Estado do último domicílio do réu. Se o réu nunca teve domicílio no Brasil, será processada a ação no DF.

j) Crime praticado a bordo de embarcação

Embarcação nacional pública: em qualquer lugar que esteja e ocorrer o crime, este será julgado perante as leis pátrias. Se a embarcação for nacional privada, quando se encontrar no mar territorial ou em alto mar, os crimes a bordo ocorridos serão julgados pela lei nacional. O foro competente para propor a ação será o local do porto nacional onde ocorreu o primeiro atracamento após o crime ou o porto de onde a embarcação saiu do Brasil para o exterior. Para os crimes cometidos a bordo de aeronave, utiliza-se a mesma regra da embarcação, sendo que o foro competente para propor a ação será o local do aeroporto onde ocorreu o primeiro pouso após o crime ou o aeroporto de onde saiu a aeronave antes do crime.

l) Crimes de competência da Lei n. 9.099/95

A doutrina diverge quanto ao foro competente para processar a ação.

1.ª corrente: Profª. Ada Pellegrini Grinover – foro competente será o local da ação, teoria da atividade.

2.ª corrente: Prof. Mirabete – foro competente será o local da ação ou do resultado, teoria da ubiqüidade.

3.ª corrente: Prof. Tourinho – foro competente será o local do resultado, teoria do resultado.

Como a competência é relativa, pode-se usar qualquer uma delas.

1.2.3. Domicílio ou residência – critério subsidiário

Conforme o art. 72 do CPP, não sendo conhecido o lugar da infração, a competência regular-se-á pelo domicílio ou residência do réu. Ex.: uma passageira de um ônibus que fazia o percurso São Paulo/Bahia, ao desembarcar, percebe que teve sua carteira furtada. O ônibus esteve o tempo todo em trânsito, não há como precisar o local da infração. A ação será proposta no local do domicílio ou residência do réu. Se o réu tiver mais de um domicílio, conforme o art. 72, § 1.º, do CPP, a competência firmar-se-á pela prevenção, e caso o réu não tenha domicílio certo, ou seja ignorado seu paradeiro, será competente o Juiz que primeiro tomou conhecimento do fato.

Na ação penal privada, o ofendido poderá preferir o foro do domicílio ou residência do réu, mesmo quando conhecido o lugar da infração. O critério é optativo, de acordo com o art. 73 do CPP.

1.3. Natureza da Infração

Conforme a natureza do delito, a ação será julgada por uma determinada justiça competente.

Organização da Justiça Penal:

- Especial – Eleitoral (art. 121 da CF/88) e Militar (art. 124 da CF/88).
- Comum – Federal e Estadual (a Justiça Estadual também é conhecida como residual; para ela resta o que não for da competência das Justiças Eleitoral, Militar e Federal).

1.3.1. Justiça Eleitoral

- STF (Brasília)
- Tribunal Superior Eleitoral (Brasília)
- Tribunal Regional Eleitoral (capital do Estado)
- Juiz Eleitoral (Juízes de Direito da Justiça Estadual)

Tem competência para julgar:

- crimes eleitorais definidos no Código Eleitoral;
- crimes eleitorais previstos nas leis extravagantes.

1.3.2. Justiça Militar

- Superior Tribunal Militar (Brasília – 2.ª instância) e Auditorias Militares (1.ª instância).
- Estadual: Tribunal de Justiça Militar ou Tribunal de Justiça (para os Estados que não possuem TJM – 2.ª instância) e Auditorias Militares (1.ª instância).

Serão Julgados pela Justiça Militar Federal:

- civis que pratiquem crime definido como militar;
- integrantes das forças armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) que pratiquem crime definido como militar.

Serão julgados pela Justiça Militar Estadual (art. 125, § 4.º, da CF/88): os policiais militares e os bombeiros militares, nos crimes definidos em lei como militares.

Súmula n. 53 do STJ: "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais".

Crimes Militares:

- Propriamente militar ou próprio – aqueles definidos no Código Penal Militar (Dec.-lei n. 1.001/69), sem equivalente na justiça penal comum. Ex.: motim, dormir em serviço, insubordinação.
- Impropriamente militar ou impróprio – aqueles crimes definidos na legislação militar com equivalente na lei penal comum. Ex.: estupro,

roubo, furto. Se o crime for praticado pelo militar em serviço, será utilizado o CPM, se o militar não estiver em serviço, será utilizado o CP.

A Lei n. 9.299/96 alterou a competência da Justiça Militar. Alguns crimes que eram da Justiça Militar passaram para a competência da Justiça Comum. Antes dessa lei, os crimes praticados por militar fora do serviço, mas com arma da corporação, eram definidos como crimes militares; agora, se o militar estiver fora do serviço, com ou sem a arma da corporação, será julgado pela Justiça Comum Estadual. Os crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil durante o serviço também passaram a ser da competência da Justiça Comum, julgados pelo Tribunal do Júri. Se o militar em serviço pratica crime definido apenas no CP, será julgado pela Justiça Comum. Ex.: abuso de autoridade – Lei n. 4.898/65.

Súmula n. 6 do STJ: "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar delito decorrente de acidentes de trânsito envolvendo viatura militar, salvo se autor e vítima forem policiais militares em situação de atividade".

Súmula n. 75 do STJ: "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar o policial militar acusado de facilitação de fuga de preso em estabelecimento penitenciário".

Súmula n. 78 do STJ: "O policial militar será julgado pela Justiça Militar Estadual de seu Estado, ainda que o crime seja praticado em outro Estado".

1.3.3. Justiça Federal

Compete à Justiça Federal processar e julgar os casos previstos no art. 109 da CF/88. O art. 109, IV, da CF/88 trata das infrações penais praticadas em detrimento de bens ou interesses da União. Conforme a Súmula n. 38 do STJ, as contravenções praticadas em detrimento de bens ou interesses da União serão julgadas pela Justiça Comum Estadual. Crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função, são julgados pela Justiça Federal, conforme a Súmula n. 147 do STJ. Os crimes de tráfico de entorpecentes e de crianças, se internacionais, serão da competência da Justiça Federal; se internos, a competência é da Justiça Comum. Também compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes a distância previstos em tratado ou convenção internacional e os crimes praticados a bordo de navio ou aeronave (Atenção! Não é o foro competente, mas a Justiça competente). As embarcações de pequeno porte são de competência da Justiça Comum.

1.3.4. Observações finais

A natureza da infração, portanto, serve para fixar a competência.

Existindo mais de um Juízo igualmente competente, a competência será determinada pela prevenção ou pela distribuição. Ocorre a prevenção quando um Juízo, antecipando-se aos demais, pratica algum ato processual ou medida relativa ao processo. Ex.: decretação de prisão preventiva, determinação de busca e apreensão. Não havendo a prevenção, usa-se a distribuição, que é o sorteio da ação perante os Juízes competentes, determinando qual atuará no processo.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

1. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA

1.1. Conexão e Continência

A conexão e a continência (art. 69, inc. V, do CPP) são critérios de modificação da competência e não de fixação.

O art. 76 do CPP estabelece quando a competência será determinada pela conexão. Haverá conexão quando existir um liame subjetivo (entre as pessoas) ou objetivo (entre os delitos) unindo duas ou mais infrações penais. Nesse caso, as ações serão reunidas e julgadas em conjunto, *simultaneus processus*.

A conexão pode ser:

- Art. 76, inc. I, do CPP – intersubjetiva – quando as infrações houverem sido praticadas:
  - ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas;
  - por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar;
  - por várias pessoas, umas contra as outras (reciprocidade).

- Art. 76, inc. II, do CPP – objetiva – quando as infrações houverem sido praticadas:
  - para facilitar ou ocultar outras;

– para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas.

A conexão objetiva conseqüencial compreende os casos acima descritos, e a conexão objetiva teleológica é aquela que ocorre quando um crime é praticado para facilitar ou assegurar a execução de outro crime.

- Art. 76, inc. III, do CPP – instrumental ou probatória:

  – quando a prova de uma infração ou qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração; tem fins probatórios.

O art. 77 do CPP estabelece quando a competência será determinada pela continência.

A continência pode ser:

- Art. 77, inc. I, do CPP – subjetiva – quando duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração, configurando-se concurso de agentes. Atenção! – na conexão intersubjetiva são duas infrações, na continência subjetiva há apenas uma infração.

- Art. 77, inc. II, do CPP – objetiva – nos casos dos artigos:

  – art. 70, 1.ª parte, do CP – concurso formal;

  – art. 73, parte final, do CP – *aberratio ictus* (erro na execução);

– art. 74, parte final, do CP – *aberratio criminis* (resultado diverso do pretendido).

O art. 78 do CPP determina qual o foro prevalente em caso de conexão e continência:

I – Competência do Júri e de outro órgão da jurisdição comum: prevalecerá a competência do Júri. Obs.: se o crime for eleitoral **e** doloso contra a vida, os processos serão julgados separadamente, não haverá a reunião de processos, pois a competência de ambos é fixada na CF/88.

II – Concurso de jurisdições de mesma categoria:

- prepondera o local da infração à qual for cominada pena mais grave (reclusão > detenção > prisão simples. Se a pena máxima for igual, usa-se a que tem a maior pena mínima);

- sendo iguais as penas, prevalece o local onde foi praticado o maior número de crimes;

- se nenhum desses casos fixar a competência, utiliza-se o critério da prevenção (ver módulo VIII, item 1.3.4).

III – Concurso entre jurisdições diversas: prevalece a mais graduada. Ex.: TJ e Juiz singular – prevalece o TJ. Se a conexão for entre crime de competência da Justiça Estadual e da Justiça Federal, para o Prof. TOURINHO são jurisdições de mesma categoria; para a jurisprudência, a Justiça Federal é especial em relação à Justiça Estadual. A Súmula n. 122 do STJ decidiu a questão, determinando que: “Compete à Justiça Federal o processo e

julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, inc. II, 'a', do CPP".

IV – Concurso entre Jurisdição Comum e Jurisdição Especial (Militar e Eleitoral): prevalecerá a Especial.

Não serão reunidos os processos para julgamento em conjunto nos casos do art. 79 do CPP:

I – concurso entre jurisdição comum e militar – Súmula n. 90 do STJ – "Compete à Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática de crime militar, e à Comum pela prática do crime comum simultâneo àquele".

II – concurso entre Justiça Comum e Justiça da Infância e Juventude.

§ 1.º Superveniência de doença mental a um dos co-réus;

§ 2.º Co-réu revel que não possa ser julgado à revelia (infração inafiançável, não comparece no Tribunal do Júri, citação por edital) e na cisão do julgamento durante a sessão plenária do Júri (art. 461 do CPP).

O art. 80 do CPP determina os casos em que a separação dos processos é facultativa, apesar da conexão e continência:

- se as várias infrações forem praticadas em diferentes condições de tempo e lugar;
- se excessivo o número de acusados ou para evitar o prolongamento do tempo de prisão provisória;

- se, por outro motivo relevante, o juiz julgar conveniente a separação (o juiz tem discricionariedade para determinar isso).

1.2. Perpetuação da Competência (*Perpetuatio Jurisdicionis* – art. 81 do CPP)

A *vis atractiva*, efeito principal da conexão e continência, desloca para a competência de um mesmo julgador os crimes conexos aos de sua competência. Se o juiz ou o Tribunal absolver ou desclassificar o crime de sua competência, continuará competente para o julgamento das demais infrações. Ex.: concurso de agentes – juiz e escrivão cometem crime de furto. Os dois serão julgados pelo TJ – *vis atractiva*. Se o juiz for absolvido, o escrivão continua a ser julgado pelo TJ.

Exceção: no Júri, se o juiz desclassificar, impronunciar ou absolver o acusado, de maneira que exclua a competência do Júri, remeterá o processo ao juiz competente (art. 81, par. ún., do CPP).

Os crimes conexos ao do Tribunal do Júri, não dolosos contra a vida, serão julgados pelo Juiz Presidente e não pelos jurados (posição predominante da jurisprudência).

1.3. Art. 82, CPP – Avocação de Processos

Se, mesmo ocorrendo conexão ou continência, foram instaurados vários processos, a autoridade prevalente deve avocar para si os processos que corram perante outros juízes, se ainda não foram julgados em sentença definitiva. Se já houver sentença definitiva, isto é, julgamento de mérito, a

unificação dos processos se dará posteriormente, na execução, para efeitos de soma ou unificação das penas.

1.4. Art. 83, CPP – Prevenção

Concorrendo dois juízes, igualmente competentes, fixa-se a competência pela prevenção. Ocorre a prevenção quando um dos juízes anteceder aos outros na prática de algum ato do processo ou medida referente a esse, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou queixa.

1.5. Art. 84, CPP – Prerrogativa de Função

A competência pela prerrogativa de função é do STF e dos Tribunais de Justiça, relativamente às pessoas que devam, perante eles, responder por crime comum ou de responsabilidade.

O foro por prerrogativa de função não é privilégio pessoal, mas sim em razão da função que exerce. Extinguindo-se a função, extingue-se a prerrogativa. A razão da prerrogativa de função é garantir a sociedade de eventual parcialidade do julgador, que estaria vulnerável a eventuais pressões.

A Lei n. 8.038/90 dispõe sobre o procedimento para os processos perante o STJ e STF.

Antes de receber a denúncia ou a queixa, o Tribunal deve notificar a autoridade para apresentar, em 15 dias, a defesa preliminar. É oportunidade de defesa para a autoridade. O Tribunal pode, além de receber ou rejeitar a inicial, julgar improcedente a acusação. Não é possível interposição de recurso visando ao reexame de prova.

Fases do procedimento no Tribunal: 1) oferecimento da denúncia ou queixa; 2) defesa preliminar; 3) recebimento da denúncia ou queixa, com fundamentação; 4) citação; 5) interrogatório; 6) depoimento; 7) audiência de instrução; 8) diligências; 9) alegações finais; 10) sentença.

Se a infração for cometida:

- Por quem tem prerrogativa de função (ex.: prefeito) e uma pessoa sem qualquer prerrogativa, ambos serão julgados pelo TJ, pela continência.
- Por duas pessoas que têm prerrogativa de função, p. ex., prefeito (TJ) e senador (STF). São competências fixadas pela CF/88, não podendo ser reunidas para o julgamento em conjunto, pois a continência prevista no CPP é infraconstitucional; ocorrerá, portanto, a disjunção.

A competência para oferecer a denúncia é do Procurador-Geral da República (PGR), quando for competente o STF, e do Procurador-Geral da Justiça (PGJ), quando for competente o TJ.

Se um agente com prerrogativa de função comete crime doloso contra a vida, terá dois foros estabelecidos na CF/88. Prevalece o da prerrogativa de função, pela especialidade. Se for prerrogativa de função estabelecida em Lei Ordinária, prevalece o Júri, que é previsto na Constituição.

A Constituição Estadual fixa que a competência para julgar o Vice-Governador será do TJ. Se Vice-Governador comete crime doloso contra a vida (competência prevista na CF/88), qual competência prevalece? Há duas posições:

- prevalece a competência do Júri, conforme previsto na CF/88;

- o STF entende que há um paralelismo entre a regra fixada na Constituição Estadual e na Constituição Federal. A CF/88 prevê para o Vice-Presidente a competência do STF, logo, para o Vice-Governador a competência é do TJ.

Vice-Presidente – STF – autoridade federal.

Vice-Governador – TJ – autoridade estadual.

Importante:

A prerrogativa de função vigora enquanto durar o exercício do cargo ou de função, independentemente do momento em que foi praticado o delito. Ex. 1: uma pessoa pratica um crime, o processo se inicia perante juiz comum. O infrator, então, é eleito deputado federal. O processo, já em andamento, será remetido para o STF. Se o processo não alcança seu fim e acaba o mandato, retorna para o juiz comum. Ex. 2: se um deputado federal, durante o exercício do mandato, comete um crime, será julgado pelo STF. Se o processo não alcança seu fim e o mandato acaba, será remetido para o juiz comum.

Ainda que o crime seja praticado em outra unidade da Federação, a competência continua sendo a do Tribunal que tem competência para julgá-lo.

1.6. Tribunal Competente para Julgar Crimes Comuns

O STF tem competência para julgar em todas as infrações penais (crimes e contravenções) e em crimes eleitorais:

- Presidente e Vice-Presidente da República;
- Ministros de Estado;
- Ministros de Tribunais Superiores e Tribunal de Contas da União;
- Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica;
- Parlamentares federais;
- Agentes diplomáticos;
- Procurador-Geral da República.

O Advogado-Geral da União não está relacionado no art. 102 da CF/88, mas a doutrina entende que seu cargo tem a mesma hierarquia dos Ministros de Estado, portanto, também deve ser julgado pelo STF. Hoje, Medida Provisória já decidiu que tem foro especial.

O STJ tem competência para julgar em todas as infrações penais, salvo nos crimes eleitorais (nesse caso, cabe ao TSE apreciar a questão):

- Governador;
- Desembargadores;
- Membros do TRF, TRE e TRT, TSE, Tribunal de Contas do Estado, Tribunal de Contas do Município, MP da União que oficiem perante Tribunais.

O TRF tem competência para julgar em todas as infrações penais, salvo nos crimes eleitorais:

- Juízes federais da área de sua jurisdição;
- Juízes do Trabalho;
- Juízes militares;
- Prefeito Municipal, nos crimes de competência da Justiça Federal.

Ao TRE compete julgar, nos crimes eleitorais:

- Juízes federais e estaduais;
- Membros do MP da União e dos Estados;
- Prefeitos, nos crimes eleitorais.

O TJ tem competência para julgar:

- Juízes de Direito;
- Juízes da Justiça Militar estadual e juízes de Alçada;
- Membros do MP estadual, salvo nos crimes eleitorais;
- Prefeitos municipais.

Atenção:

Prefeito Municipal:

- TJ – crime comum;
- TRE – crime eleitoral;
- TRF – crimes de competência da Justiça Federal.

Juiz de Direito e MP estadual:

- TJ – crime comum;
- TRE – crime eleitoral.

Juiz federal:

- TRF – crime comum;
- TRE – crime eleitoral.

A Constituição Estadual de São Paulo estabelece foro especial no TJ para:

- Vice-Governador;
- Deputado estadual;
- Secretário de Estado;
- Procurador-Geral de Estado – PGE;

- Comandante-Geral da Polícia Militar;
- Delegado-Geral.

Todas essas autoridades, se cometerem crime federal, serão processadas no TRF. É o entendimento do STF.

Tribunal de Justiça Militar tem competência para julgar em crimes militares – Constituição Estadual de São Paulo:

- Comandante-Geral da Polícia Militar;
- Chefe da Casa Militar.

O MP do Distrito Federal atua perante a Justiça Distrital. Se um de seus membros comete um crime, será julgado pelo TRF da 1.ª Região; isso porque é ramo do MP da União, apesar de atuar na Justiça Distrital.

1.7. Exceção da Verdade ou Defesa da Verdade (art. 85 do CPP)

Nos processos por crime contra a honra, em que o querelante tiver foro especial no STF ou no TJ, a esses caberá o julgamento da exceção da verdade. Não cabe a oposição de exceção da verdade:

- Na calúnia:
  - se o fato imputado a alguém for crime de ação penal privada, e ele não for condenado;

- fato imputado a Presidente da República ou Chefe de Governo estrangeiro;
- se, do crime imputado, embora de ação penal pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

A exceção da verdade é questão prejudicial homogênea, pois é anterior ao mérito e pode ser objeto de processo autônomo.

Deve ser oposta quando da defesa prévia; mas para alguns esse prazo não é fatal, pois é questão de mérito, e o prazo fatal caracterizaria o cerceamento de defesa. Há posicionamentos contrários.

Oposta a exceção, o querelante tem dois dias para contestá-la. Poderá arrolar no máximo oito testemunhas. Se na queixa já tiver arrolado quatro testemunhas, poderá arrolar mais quatro na contestação da exceção, até completar o número legal. Isso porque, embora o crime seja punido com detenção, o rito é ordinário.

Conforme o art. 85, do CPP, a exceção será julgada pelo Tribunal competente. Se o Tribunal julga procedente a exceção, o mérito será julgado improcedente. Se julga improcedente a exceção, o mérito será julgado procedente ou improcedente. Obs.: o Tribunal só faz o julgamento da exceção, as testemunhas são ouvidas em 1.ª instância. Depois de julgar a exceção, o Tribunal devolve o processo para ser julgado, em 1.ª instância, o mérito.

CURSO DO PROF. DAMÁSIO A DISTÂNCIA

MÓDULO X

DIREITO PROCESSUAL PENAL

DIREITO PROCESSUAL PENAL

1. QUESTÕES E PROCESSOS INCIDENTES

O Código de Processo Penal fala inicialmente das questões incidentes e posteriormente do processo incidente. Regula, na realidade, apenas uma espécie de questão incidente, prevista nos arts. 92 a 94 do Código de Processo Penal – as denominadas questões prejudiciais.

Questões prejudiciais são todas as questões de fato e de direito que, por necessidade lógica, devem ser analisadas antes da questão principal e podem, em tese, ser objeto de processo autônomo.

Etimologicamente “prejudicial” significa *pre-iudicate*, isto é, julgar primeiro. A questão deve ser julgada em primeiro lugar, antes da questão principal. Ex: um acusado de bigamia (art. 235 do CP) alega que seu casamento é nulo. A validade ou não do casamento é a questão prejudicial que deve ser decidida antes do mérito, pois influi diretamente na decisão.

A questão prejudicial condiciona a questão prejudicada; a prejudicada está irrecusavelmente subordinada à prejudicial.

Características da questão prejudicial:

- *Anterioridade lógica*: a questão prejudicial é sempre anterior à prejudicada. Não porque surgiu primeiro na discussão processual, mas por ser logicamente anterior. Primeiro decide-se ou aguarda-se a decisão da questão incidente e, posteriormente, julga-se o mérito.

- *Necessariedade*: a questão prejudicial sempre subordina o exame da questão principal. O mérito não pode ser decidido sem antes enfrentar a questão prejudicial.

- *Autonomia*: a questão prejudicial sempre pode ser, em tese, objeto de processo autônomo.

Questão preliminar é diferente de questão prejudicial. Questão preliminar é toda alegação que versa sobre pressupostos processuais ou condições da ação. O professor MIRABETE nos ensina que ambas são espécies do gênero 'questões prévias'. Apresentam características em comum: anterioridade lógica e necessariedade. Mas apresentam diferenças importantes: a questão prejudicial refere-se a direito material e a preliminar refere-se a direito processual. Também se diferem no tocante à autonomia. Somente as prejudiciais podem ser objeto de processo autônomo, as preliminares não. Ex: falta de citação é uma questão preliminar – não se ajuíza processo autônomo para discutir.

Classificação das questões prejudiciais:

a) Quanto ao grau: total ou parcial

A questão prejudicial total é aquela que condiciona a existência da questão principal. Refere-se a uma das elementares da infração penal. A questão prejudicial parcial se refere a circunstâncias do tipo penal.

b) Quanto ao caráter: homogênea ou heterogênea

A questão prejudicial homogênea é aquela do mesmo ramo do Direito da questão principal. A questão prejudicial heterogênea é aquela que pertence a ramo do Direito distinto da questão principal.

c) Quanto aos efeitos: obrigatória ou facultativa

- *Obrigatória*: é a questão que, uma vez presente, obriga a suspensão do processo até o julgamento da questão incidental. Sempre versa sobre questão de estado civil das pessoas.
- *Facultativa*: é aquela que não obriga a suspensão do processo principal, mas há nela controvérsia de difícil solução. Ex: acusado de crime contra o patrimônio alega ser o legítimo possuidor. São características da prejudicial facultativa que não estão presentes na obrigatória: existência de ação civil em andamento; inexistência de limitação à prova, na lei civil, acerca da questão prejudicial.

Observações:

- Se a prejudicial for obrigatória o processo penal ficará suspenso por tempo indeterminado. Se facultativa, o juiz deverá estabelecer prazo para suspensão que poderá ser prorrogado a seu critério.
- Durante a suspensão do processo, fica suspenso o prazo prescricional.
- Apesar da suspensão do processo, o juiz criminal poderá inquirir testemunhas ou determinar produção de provas que considere urgente.

- A decisão que determina a suspensão do processo por questão prejudicial comporta recurso em sentido estrito. (art. 581, inc. XVI, CPP). Se a decisão indefere o pedido de suspensão e a prejudicial for obrigatória, cabe correição parcial ou *habeas corpus*; se for questão prejudicial facultativa, o juiz tem discricionariedade para decidir.
- **As questões prejudiciais devem causar no juiz dúvida séria e fundada.**

2. EXCEÇÕES

Exceção é a defesa indireta do processo penal, que visa extinguir a ação penal ou retardar seu exercício. Recai sobre os pressupostos processuais ou as condições da ação.

Se a exceção visar extinguir a ação penal, é denominada peremptória. Se visar retardar seu julgamento, é denominada dilatória.

2.1. Exceção de Suspeição (Dilatória)

Se o juiz da causa se enquadrar em uma das situações de suspeição, previstas no art. 254 do Código de Processo Penal, e não se declarar suspeito espontaneamente, a parte pode argüir a exceção de suspeição. Se existir alguma causa de impedimento (art. 252 do CPP) ou incompatibilidade (art. 253 do CPP), também deve ser argüida por meio de exceção.

A exceção pode ser argüida também contra o membro do Ministério Público e os sujeitos processuais secundários (perito, intérprete, serventuário da Justiça).

Procedimento da exceção de suspeição:

Inicia-se por petição em que devem constar os motivos e as provas da suspeição.

Tem legitimidade para argüir: o autor, quando do oferecimento da denúncia ou a queixa, e o réu (ou seu defensor com poderes especiais), no momento da defesa. Se a suspeição for superveniente, a parte tem que se manifestar, nos autos, no primeiro momento em que puder. A parte não argüir no momento oportuno equivalerá a reconhecer a capacidade moral do juiz.

P: O assistente de acusação tem legitimidade para argüir a suspeição do juiz?

R: O art. 271 do CPP relaciona as funções do assistente e nada fala sobre essa possibilidade. Para o Professor MIRABETE, o rol é taxativo, não podendo argüir. Para TOURINHO, o assistente tem interesse processual na imparcialidade do juiz, devendo ser reconhecida a ele essa possibilidade.

Depois de argüida a suspeição em petição inicial, os autos são encaminhados ao juiz, que pode reconhecê-la ou não.

Se o juiz reconhece, remete os autos para seu substituto legal, anulando os atos já praticados. O processo volta a correr perante o novo juiz.

Se o juiz não reconhece, determina a autuação da exceção. O juiz excepto terá três dias para contestar a exceção, juntando testemunhas e

ouvindo testemunhas. Os autos são remetidos ao TJ, em 24h, para serem julgados pela Câmara Especial.

Caso o TJ decida pela improcedência do pedido, irá indeferir liminarmente a exceção. Se decidir pela relevância da argüição, determinará o processamento da exceção.

O Tribunal comunicará o excepto e o excipiente, ouvirá as testemunhas arroladas e julgará, independente de novas alegações.

Se o Tribunal julgar procedente a exceção, remeterá os autos ao substituto legal, determinará a anulação dos atos já praticados e, se entender que houve erro inescusável (indesculpável) do juiz excepto, poderá condená-lo nas custas da exceção. Obs: no Estado de São Paulo a Lei Estadual n. 9452/85 isenta o pagamento de custas no processo penal.

Se o Tribunal de Justiça julgar improcedente, determinará a continuidade normal do processo e condenará o excipiente ao pagamento de multa, se agiu de má-fé visando tumultuar o processo.

Súmula n. 234, Superior Tribunal de Justiça: **"**A participação de membro do MP na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia."

Se o Promotor foi testemunha, não pode participar da ação penal.

2.2. Exceção de Suspeição de Jurado

Instalada a sessão de julgamento com 15 jurados no mínimo, 7 formarão o Conselho de Sentença.

No Júri as partes podem recusar jurados. Podem fazer três recusas peremptórias, isto é, sem justificação, e poderão recusar tantos quanto necessário, desde que justificado. Se o juiz não aceitar a recusa, o jurado tomará parte no Conselho de Sentença.

2.3. Suspeição de Autoridade Policial

Conforme determina o art. 107 do Código de Processo Penal, as partes não podem argüir a suspeição de autoridade policial. Isso porque o inquérito policial é um instrumento inquisitivo. O próprio delegado, entretanto, poderá declarar-se suspeito.

Atenção! Enquanto se processa a exceção, o processo principal flui normalmente. Exceção: diante da exceção de suspeição, se a parte contrária considerar relevante a argüição, o processo será suspenso. Ex.: a defesa concorda que a argüição de exceção de suspeição feita pelo Ministério Público é plausível, tem fundamento. Sob pena de ser declarada posteriormente a nulidade dos atos já praticados, o processo será suspenso.

2.4. Exceção de Incompetência do Juízo

O Código não distingue se a incompetência é absoluta ou relativa.

Há dois sistemas para argüir a incompetência do Juízo:

- perante o próprio juiz ,e esse declina sua competência;

- perante o órgão superior para que esse, decidindo a questão, iniba a participação daquele juiz no processo e remeta ao juiz competente.

No Brasil, vigora o primeiro sistema. O próprio juiz vai declinar de sua competência. O art. 109 do Código de Processo Penal determina que, se em qualquer fase do processo o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos, haja ou não alegação da parte, prosseguindo-se na forma do artigo anterior.

A incompetência absoluta e a relativa podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz.

A incompetência absoluta tem um regime jurídico mais severo por versar sobre questões de interesse público. A incompetência relativa se preocupa em atender a conveniência da parte. Ex: o lugar da consumação do delito facilita busca de provas. Não é só interesse da parte. Há também interesse público.

A exceção de incompetência do Juízo só pode ser argüida pela defesa, pois foi o autor quem ajuizou a ação perante o Juízo incompetente. Se o Ministério Público percebe que o processo foi distribuído para um Juízo incompetente, deve pedir a declinação do juiz e não oferecer a denúncia. Argüirá na condição de fiscal da lei.

A argüição deve ser feita no prazo de três dias da defesa prévia. Se a incompetência for absoluta, poderá ser feita posteriormente.

Procedimento da exceção de incompetência:

- A exceção é autuada em apartado.

- Ouve-se o representante do Ministério Público.

- juiz decide. Se pela procedência, remete os autos ao juiz competente. Dessa decisão cabe recurso em sentido estrito (art. 581, inc. III, do CPP). Não interposto recurso, os autos são remetidos ao juiz competente. Esse novo juiz não é obrigado a concordar com essa declinação, podendo também ele suscitar o conflito de jurisdição ou competência. Se decidir pela improcedência, não caberá recurso. Caberá *habeas corpus* ou argüição em preliminar de apelação (futuramente).

Conforme o art. 567 do Código de Processo Penal a incompetência do Juízo anula somente os atos decisórios. Dessa forma somente os atos instrutórios serão ratificados pelo juiz competente, os atos decisórios serão anulados.

Atenção! A Jurisprudência entende que o recebimento da denúncia ou da queixa não tem carga decisória; pode, portanto, ser ratificado. Princípio da conseqüencialidade: se o recebimento da denúncia ou da queixa fosse nulo, todo o processo estaria perdido. A Jurisprudência, por isso, admite tranqüilamente a ratificação do recebimento da denúncia ou queixa.

O recebimento da denúncia ou queixa interrompe a prescrição. Se foi recebida pelo juiz incompetente e depois ratificada pelo juiz competente, qual interrompe a prescrição?

A ratificação do juiz competente é que interrompe a prescrição. Essa regra aplica-se para qualquer incompetência, inclusive *ratione materiae*.

Se a regra de competência violada estiver disposta na Constituição Federal de 1988, os atos praticados perante o juiz incompetente são considerados inexistentes. Não tem como ratificar.

A decisão que julga procedente a exceção é recorrível. Cabe recurso em sentido estrito. Salvo a decisão que decide exceção de suspeição, a qual é irrecorrível.

2.5 Exceção de Ilegitimidade de Parte

São partes ilegítimas em Processo Penal:

- Ministério Público, se oferecer denúncia em crime de ação penal privada.
- querelante, se oferecer queixa em crime de ação penal pública.
- querelante incapaz (a vítima deve ser maior de 18 anos).
- Alguém que se diz representante do ofendido em crime de ação penal privada, mas não é.

A ilegitimidade pode ser *ad causam* ou *ad processum*. A ilegitimidade *ad causam* refere-se a condição da ação, ocorre se o Ministério Público oferece queixa e o querelante oferece denúncia. A ilegitimidade *ad processum* ocorre se o querelante é incapaz ou o representante do ofendido não é o representante legal.Tratando-se de ilegitimidade de causa ou de processo, o instrumento para argüir é exceção de ilegitimidade.

O reconhecimento da ilegitimidade *ad causam* acarreta a nulidade absoluta do processo. O reconhecimento da ilegitimidade *ad processum* acarreta a nulidade relativa do processo, admitindo a convalidação, nos termos do art. 568 do Código de Processo Penal.

2.6. Exceção de Litispendência e Coisa Julgada

A exceção de litispendência e coisa julgada baseia-se na proibição de uma mesma pessoa ser processada mais de uma vez pelos mesmos fatos (*nen bis in idem*).

Será argüida a exceção de coisa julgada quando o réu já foi julgado em definitivo sobre um fato e é proposta nova ação com base no mesmo fato já julgado.

Será argüida exceção de litispendência quando existirem duas ações penais em curso, processando o mesmo réu pelo mesmo fato. Se um mesmo fato é apurado em dois inquéritos penais, não há litispendência.

Instaurado inquérito policial com ação já em curso, sem ser por requisição do juiz ou do Ministério Público, para colher diligências complementares, caracteriza-se constrangimento ilegal, sanável por *habeas corpus*.

Havendo duas ações iguais, uma delas será excluída. Exclui-se a segunda. Para determinar qual é a primeira ação, usa-se o critério do art. 219, Código de Processo Civil, examinando em qual delas ocorreu primeiro a citação válida.

O Supremo Tribunal Federal definiu que, se alguém é absolvido como autor, poderá ser novamente denunciado como partícipe. Desde que não sejam

alegados os mesmos fatos pelos quais já foi acusado; a descrição fática deve ser outra.

Há quem entenda que, se alguém foi absolvido, não pode ser pelo mesmo crime novamente processado. Leva-se em conta o fato concreto, não importa a conduta descrita; se foi absolvido pelo fato, não pode novamente ser processado.

Para fins de concurso público, usar a posição do Supremo Tribunal Federal.

3. CONFLITO DE JURISDIÇÃO

O correto seria dizer conflito de competência. A própria Constituição Federal de 1988 fala dessa maneira. O objetivo é preservar o juiz natural. Há dois tipos de conflito de jurisdição:

- *Conflito positivo de competência*: ocorre quando dois ou mais Juízos ou Tribunais se consideram ao mesmo tempo competentes para o exame de determinada causa.
- *Conflito negativo de competência*: ocorre quando dois ou mais Juízos ou Tribunais se consideram ao mesmo tempo incompetentes para o exame de determinada causa.

Também ocorre conflito de jurisdição quando houver divergência quando à unidade de processo, seja sua junção ou sua separação.

O conflito de competência pode ser suscitado:

- pelas partes, por requerimento – art. 115, do Código de Processo Penal;
- por representação do juiz.

O conflito deve ser suscitado de forma escrita e fundamentado, com cópias da alegação, art.116, do Código de Processo Penal . O relator recebe o processo, determina que os Juízos envolvidos prestem informações. Com as informações, colhe o parecer do Ministério Público em segunda instância (Procurador Geral). O conflito então é julgado.

Para o conflito positivo, o procedimento tem forma própria, por meio de instrumento que é remetido ao Tribunal. Como o processo continua tramitando, a suspensão ou não dos atos processuais depende do relator do Tribunal. No conflito negativo, os próprios autos nos quais se suscita o conflito são encaminhados ao Tribunal. O processo fica suspenso até a decisão do Tribunal.

Competência para julgar os conflitos:

- Cabe ao Supremo Tribunal Federal dirimir conflito envolvendo Tribunais Superiores. Se envolver o próprio Supremo Tribunal Federal e outro Tribunal, não há conflito; o Supremo Tribunal Federal dá palavra final. Se o conflito envolver Tribunais Superiores ou um Tribunal e um juiz , cabe também ao Supremo Tribunal Federal

dirimir. Ex.: Superior Tribunal de Justiça X juiz de 1.º grau, Superior Tribunal de Justiça X Tribunal Regional Federal.

- Cabe ao Superior Tribunal de Justiça dirimir conflito envolvendo Tribunal Estadual ou Tribunal Regional Federal e um Juízo a ele não vinculado. Ex.: Tribunal de Justiça de São Paulo X juiz do Rio de Janeiro.

- Cabe ao Tribunal Regional Federal dirimir conflitos entre juízes federais da mesma região. Se for região diferente, cabe ao Supremo Tribunal de Justiça. Cabe também ao Tribunal Regional Federal julgar conflito entre juiz federal e juiz estadual com competência federal (ex.: art. 27 da Lei n. 6.368/76) – Súmula n. 3 do STJ .

- Cabe ao Tribunal Regional Eleitoral dirimir conflito envolvendo Juízos eleitorais do mesmo Estado. De Estados diferentes, cabe ao Tribunal Superior Eleitoral.

- Cabe ao Tribunal de Justiça dirimir conflitos entre juízos estaduais do mesmo Estado e Tribunal de Alçada (no âmbito penal só cabe ao Tribunal de Alçada Criminal), ou Tribunal e juiz.

- Entre Tribunal de Justiça e Tribunal de Alçada Criminal, não há conflito. Conforme dispõe a Súmula n. 22 do Superior Tribunal de Justiça (“não há conflito de competência entre o Tribunal de Justiça e Tribunal de Alçada do mesmo Estado-membro”*)*, a competência é do Tribunal de Justiça.

- Cabe ao Tribunal de Alçado Criminal resolver conflitos entre Juízos de primeiro grau quando for sua a competência recursal.

4. INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL – ART. 149, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O incidente de insanidade mental é instaurado quando houver dúvida sobre a saúde mental do acusado. Pode ser instaurado no inquérito policial ou na ação penal, mas somente é instaurado por ordem judicial.

A perícia psiquiátrica realizada no inquérito policial só pode ser instaurada pelo juiz. Se o delegado percebe a insanidade, representa à autoridade judiciária o incidente de insanidade mental, conforme art. 149, § 1.º, do Código de Processo Penal.

O incidente pode decorrer do requerimento das seguintes pessoas:

- Ministério Público;
- defensor;
- curador;
- cônjuge, ascendente, descendente e irmão.

Observação: O incidente pode também ser instaurado de ofício.

P: No interrogatório o juiz percebe a insanidade mental do acusado. Seu defensor junta ao processo a interdição, no cível, do acusado; ainda assim deve-se realizar o incidente de insanidade mental?

R: O incidente é instaurado quando há dúvida sobre a saúde mental e para verificar se na época dos atos era o indivíduo imputável ou inimputável, conforme art. 26, par. ún. do Código Penal. Não basta a doença mental, precisa

saber se em virtude dela, ao tempo da ação ou omissão, era incapaz de entender o caráter ilícito da infração. A interdição no cível é irrelevante para o processo penal. A perícia penal visa verificar a imputabilidade.

Procedimento do incidente de insanidade mental:

O incidente é autuado em apartado (art. 153, CPP), o juiz expede portaria de instauração e nomeia curador. Se já houver processo em andamento, esse ficará suspenso até julgamento do incidente. Determina o juiz que as partes elaborem quesitos. Com os quesitos, é realizada a perícia psiquiátrica. O prazo para realização do exame é de 45 dias, prorrogável por igual período, conforme. art. 150, § 1.º, Código de Processo Penal. As partes examinam o laudo, se estiver regular, o juiz homologará. A homologação do laudo não significa concordância. A homologação diz respeito somente quanto aos aspectos formais. O juiz não está vinculado ao laudo, em razão do princípio do livre convencimento do juiz.

O laudo pode concluir pela:

- imputabilidade;
- semi-imputabilidade, cf. art. 151, do Código de Processo Penal;
- inimputabilidade, art. 151, do Código de Processo Penal;
- doença mental superveniente, cf. art. 152, do Código de Processo Penal.

Se o laudo decidir pela *imputabilidade*, prossegue o processo que estava suspenso, dispensando-se o curador que foi nomeado. Se concluir pela *semi-*

imputabilidade, o processo segue com o curador nos autos. Concluindo pela *doença mental superveniente*, o processo continuará suspenso. A prescrição continuará até sobrevir o prazo prescricional ou sanar a doença mental.

A falta de nomeação de curador gera nulidade absoluta.

1. DA PROVA

1.1. Conceito

Prova é todo elemento trazido ao processo, pelo juiz ou pelas partes, destinado a comprovar a realidade de um fato, a existência de algo ou a veracidade de uma afirmação. Sua finalidade é fornecer subsídios para a formação da convicção do julgador.

1.2. Objeto de Prova

São objetos de prova os fatos principais e secundários capazes de influenciar a responsabilidade criminal do réu, a aplicação da pena e a medida de segurança. Alguns fatos, entretanto, não podem ser objetos de prova. São eles:

- o direito não pode ser objeto de prova, pois o juiz o conhece; salvo se for direito consuetudinário, estrangeiro, estadual ou municipal;
- os fatos axiomáticos, isto é, aqueles fatos evidentes. O fato axiomático é diferente do fato notório, que é aquele de conhecimento geral, que faz parte da história e refere-se a fatos políticos, sociais ou fenômenos da natureza;
- os fatos irrelevantes, aqueles incapazes de influenciar a responsabilidade criminal do réu, no caso concreto.

- os fatos sobre os quais incida presunção absoluta *iuris et de iure*. Ex.: o inimputável recebe medida de segurança, absolvição imprópria. Tem como pressuposto a periculosidade, pois a medida de segurança é aplicada apenas aos réus perigosos. Não há necessidade de perícia para confirmar sua periculosidade.

No Processo Penal, os fatos incontroversos também são objetos de prova; não se aplica a regra do Processo Civil, pois o que se discute no Direito Penal é o direito à liberdade.

1.3. Classificação das Provas

- *Prova Direta*: refere-se diretamente ao tema *probandu*. Ex.: testemunha presencial, exame de corpo de delito.

- *Prova Indireta*: refere-se indiretamente ao tema *probandu*. Ex.: álibi apresentado pelo acusado.

- *Prova Pessoal*: a prova emana de uma pessoa. Ex.: interrogatório, testemunha.

- *Prova Documental*: a prova é produzida por escrito. Ex.: laudo pericial.

- *Prova Material*: refere-se a objetos. Ex.: instrumentos do crime, arma do crime.

- *Prova Plena*: é a prova que conduz a um juízo de certeza.

- *Prova Não Plena*: é a prova que conduz a um juízo de probabilidade. Para a decisão de pronúncia, aceita-se a prova não plena, mas para a condenação é necessária a prova plena.

1.4. Meios de Prova

Meios de prova são os métodos por meio dos quais a prova pode ser levada ao processo. Os meios de prova podem ser:

- *nominados*: são os documentos, acareações, reconhecimento de pessoas e objetos, interceptação telefônica, interrogatório. São todos os meios de prova previstos na legislação;
- *inominados*: são aqueles meios de prova que não estão previstos expressamente na legislação. Ex.: juntar fita de vídeo, com um programa de TV em que o acusado aparece, para mostrar aos jurados.

1.5. Sujeitos da Prova

Os sujeitos da prova são as pessoas incumbidas de levar ao juiz os meios de prova. São as testemunhas, com o depoimento; o réu, com o interrogatório; e o perito, com o laudo.

1.6. Princípios Relativos à Prova

- *Princípio da Comunhão da Prova*: uma vez trazida aos autos uma prova, ela se incorpora ao processo. Por essa razão, a prova trazida por uma das partes, pode ser usada pela parte contrária. Além disso, uma

vez admitida a prova, para que a parte desista dela, deve haver anuência da parte contrária.

- *Princípio da Audiência Contraditória*: à parte contrária sempre deve ser dado o direito de impugnar a prova produzida pelo *ex adverso*.
- *Princípio da Liberdade dos Meios de Prova*: no Processo Penal são admitidos todos os meios de prova, nominados ou inominados, salvo as provas ***ilícitas*** ou as provas ***ilegítimas***.

Prova ***ilícita*** é a prova produzida com desrespeito à regra de direito material. Ex.: confissão mediante tortura. Prova ***ilegítima*** é a prova produzida com desrespeito à regra de Direito Processual. Ex.: exibição em plenário de documento do qual não foi dado ciência à parte contrária, com pelo menos três dias de antecedência.

Teoria sobre as provas ilícitas: "A árvore dos frutos envenenados". A prova, ainda que lícita, mas decorrente de outra prova ilícita, também é considerada ilícita. Ex.: o réu, mediante tortura, confessa e aponta três testemunhas. Essas testemunhas são chamadas a Juízo. A oitiva dessas testemunhas, apesar de lícita, será considerada ilícita, pois originou-se de uma prova ilícita. Não poderá ser aceita.

1.7. Ônus da Prova

O ônus da prova é o encargo que recai sobre as partes, impondo-lhes o dever de provar algo, sob pena de suportar uma situação processual adversa.

A acusação deve fazer prova da autoria e da materialidade do delito. Deve fazer prova plena desses elementos. Compete, ainda, à acusação fazer prova do elemento subjetivo, isto é, do dolo da ação ou do elemento normativo, ou seja, a culpa: provar que o agente agiu com imprudência, negligência ou imperícia.

A defesa deve provar os fatos impeditivos (excludentes de ilicitude), extintivos (causas de extinção da punibilidade) ou modificativos (desclassificação ou causas de diminuição da pena) do direito do autor. A defesa não precisa produzir prova plena, basta o juízo de probabilidade.

1.8. Sistema de Apreciação da Prova

Sistema Primitivo (hoje já está abandonado). Utilizavam-se dois sistemas: o sistema religioso e o sistema étnico-pagão. O sistema religioso invocava a divindade para apreciar as provas, qualquer que fosse o julgamento. No sistema étnico-pagão, a apreciação das provas era feita de forma empírica, sem qualquer regra.

Sistema Moderno. São três os sistemas modernos:

- *Sistema da íntima convicção ou da certeza moral do julgador*. Nesse sistema, a decisão ficava a cargo do juiz, que decidia com base em regras, porém, não havia necessidade de fundamentação do julgamento. Ensejou abusos.
- *Sistema da prova legal ou da certeza moral do legislador*. Nesse sistema, a lei preestabelecia os critérios para julgamento. Preestabelecia o valor de cada prova.

- *Sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional do juiz*. Nesse sistema, o julgador tem liberdade para decidir, porém, com a obrigação de fundamentar seu julgamento.

No Brasil, o Código de Processo Penal adota o sistema do livre convencimento motivado. A exceção é para o Tribunal do Júri. Os jurados, quando julgam, não justificam, sob pena de ser anulado o Júri.

1.9. Provas em Espécie

1.9.1. Provas periciais

A perícia é um exame realizado por quem tem conhecimento técnico, científico ou artístico. Natureza jurídica: é um meio de prova nominado. Seu valor probatório é idêntico ao dos demais meios de prova. A perícia pode ser realizada a qualquer momento, desde o Inquérito Policial até a execução. A perícia realizada no inquérito é determinada pela autoridade policial, salvo a perícia de insanidade mental, que somente pode ser determinada pelo juiz. A perícia realizada na instrução processual é determinada pela autoridade judicial.

O perito é um sujeito processual secundário. Não podem ser peritos: os menores de 21 anos, os analfabetos, aqueles sujeitos à interdição temporária de direitos, aqueles que já se manifestaram sobre o objeto da perícia.

O perito pode ser um funcionário público concursado. É o perito oficial. Ou pode ser o perito particular, nomeado para fazer uma determinada perícia, chamado de perito não-oficial ou perito louvado. Em regra, as perícias são feitas pelos peritos oficiais, apenas em sua ausência é que a perícia é realizada pelo perito louvado.

O perito louvado é nomeado pela autoridade policial ou judiciária. Assim que assume o encargo, o perito deve prestar o compromisso de bem e fielmente cumprir suas funções. Deve portar diploma de curso superior, de preferência na área do exame.

As partes não podem interferir na nomeação dos peritos. Não há no Processo Penal a figura do assistente técnico. As partes podem requerer, particularmente, uma perícia e juntá-la aos autos.

Na perícia realizada por precatória, quem nomeia o perito é o juiz deprecado. Salvo na Ação Penal Privada em que, havendo acordo entre querelante e querelado, a nomeação será feita pelo juiz deprecante (art. 177 do CPP).

O laudo pericial deve conter: introdução, histórico, informações que antecedem à perícia, descrição minuciosa do objeto, fundamentação, respostas aos quesitos e conclusão. Sempre a perícia deve ser realizada por dois peritos.

O juiz, ao apreciar o laudo pericial, não é obrigado a acatá-lo, mas, para afastá-lo, deve fazê-lo fundamentadamente.

O Exame de Corpo de Delito é o exame pericial obrigatório, destinado a comprovar a materialidade das infrações penais que deixam vestígios, isto é, infrações não transeuntes. Sua falta acarreta a nulidade absoluta do processo. Pode ser: direto, quando examina diretamente os vestígios do crime (ex.: cadáver); ou indireto, quando se analisa outra prova que levará à mesma conclusão (ex.: os peritos não examinam a vítima, mas a ficha hospitalar). Excepcionalmente, na falta do corpo de delito, esse exame pode ser suprido pela prova testemunhal. A confissão nunca supre a falta do exame de corpo de delito.

O Exame Necroscópico é o exame pericial realizado em cadáver. Seu objetivo é determinar a causa da morte. Só pode ser realizado seis horas após o óbito. Será dispensado em caso de morte natural ou morte violenta.

Laudo ou exame complementar é qualquer perícia que vise complementar a perícia anteriormente realizada. No caso de lesão corporal grave, a perícia complementar deve ser realizada logo depois dos 30 dias da ocorrência do delito.

1.9.2. Interrogatório

Interrogatório é o ato processual por meio do qual o acusado é ouvido pelo juiz. Envolve o direito de presença e o direito de audiência.

O direito de presença é o direito de acompanhar os atos processuais, e o direito de audiência é o direito de ser ouvido.

Para o réu presente, o interrogatório é um ato indispensável e sua falta acarreta a nulidade absoluta. Réu presente sem interrogatório, somente nos casos do Código Eleitoral e na Lei de Imprensa, em que o réu só será interrogado se desejar.

O interrogatório é público, oral (salvo para o mudo, o surdo e o surdo-mudo), personalíssimo, individual e privativo entre o juiz e o réu.

O réu tem o direito constitucional (art. 5, inc. LXIII, da CF/88) de permanecer em silêncio. Se optar por responder, não estará obrigado a dizer a verdade. Pode mentir sobre fato. A mentira do réu só será considerada crime se fizer auto-acusação falsa.

Conforme o Provimento n. 84 do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, o réu pode ser citado e interrogado por precatória. O interrogatório será feito pelo juiz deprecado. Válido somente no Estado de São Paulo.

O interrogatório *on line* ainda é visto com cautelas, pois o interrogado pode estar sofrendo algum tipo de coação que o juiz pode não perceber. A jurisprudência já aceitou, excepcionalmente.

No interrogatório do menor de 21 anos, doente mental ou silvícola inadaptado, será necessária a presença de um curador.

1.9.3. Confissão

A confissão ocorre com a admissão, pelo réu, da autoria dos fatos a ele imputados. A confissão não é meio de prova, é a própria prova. Não se prova a materialidade do delito pela confissão. A confissão se refere apenas à autoria. A confissão perante a autoridade judicial configura uma atenuante.

A confissão pode ser:

- *simples*: o réu admite a autoria de fato único;
- *complexa*: quando o réu admite autoria de fato múltiplo;
- *qualificada*: o réu admite autoria dos fatos a ele imputados, mas alega algo em seu benefício;
- *judicial*: feita em Juízo;
- *extrajudicial*: qualquer confissão feita fora do Juízo, no Inquérito Policial;
- *explícita*: admite a autoria dos fatos;
- *implícita*: não admite a autoria, mas realiza atos que levam indiretamente à conclusão que ele é o autor do delito. Ex.: paga indenização à vítima, repara os danos causados.

A confissão é um ato personalíssimo, livre, espontâneo, divisível (o juiz não é obrigado a acatar a confissão como um todo, podendo acatá-la parcialmente) e retratável.

Ocorre a confissão delatória quando um co-réu, no interrogatório, imputa a outro acusado a responsabilidade pela prática do crime.

1.9.4. Prova testemunhal

Testemunha é toda pessoa, estranha ao processo e eqüidistante das partes, chamada em Juízo para depor sobre os fatos que caíram sobre seus sentidos.

A testemunha pode ser:

- *direta ou de visu*: depõe sobre os fatos que presenciou – teve contato direto;
- *indireta ou de audito*: depõe sobre os fatos que tomou conhecimento por terceiros – ouviu dizer;
- *própria*: presta depoimento acerca do tema *probandu*, do fato objeto da prova;
- *imprópria ou instrumentária*: é a testemunha chamada a presenciar a prática de atos processuais ou pré-processuais;
- *referida*: são aquelas citadas no depoimento de outra testemunha; serão ouvidas como testemunhas do Juízo;
- *informante*: são as testemunhas que não prestam compromisso;
- *numerária*: testemunha que entra no cômputo legal;

- *extra-numerária*: não entra no cômputo legal. São as referidas, informantes, testemunhas que nada souberam a respeito dos fatos.

Características da prova testemunhal:

- *retrospectividade*: é uma declaração retrospectiva, depõe sobre fatos passados;
- *oralidade*: a prova testemunhal é oral, exceto para o surdo, o surdo-mudo e o mudo. Podem responder por escrito: o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Senadores, os Deputados Federais, os Ministros de Estado, os Governadores, os Secretários de Estado, os Prefeitos, os Deputados Estaduais, os Membros do Judiciário, os Membros do Tribunal de Contas da União e os Membros do Tribunal Marítimo.

A testemunha não pode trazer o depoimento por escrito, sendo permitida a consulta a apontamentos. O depoimento da testemunha deve ser objetivo, não deve emitir opiniões pessoais.

As testemunhas são notificadas por mandado. O preso e o militar são notificados por requisição. O sistema de inquirição das testemunhas é o presidencialista: apenas o juiz faz as perguntas às testemunhas; salvo no plenário do Júri, em que a inquirição das testemunhas é direta, e a acusação e a defesa podem fazer perguntas.

A testemunha tem o dever de:

- *comparecer*: se o desrespeitar, a testemunha pode ser conduzida coercivamente, pode responder por crime de desobediência e pagar multa fixada pelo juiz.

- *depor e dizer a verdade*: algumas pessoas, como cônjuge, ascendente, descendente e irmão do réu, são, por lei, dispensadas de depor. Elas têm a obrigação de comparecer, mas não de depor. Se vierem a depor, não prestam compromisso.

Algumas pessoas, em razão da função (atividade de natureza pública), ofício (atividade manual), ministério (atividade de cunho eclesiástico ou assistencial) ou profissão (atividade predominantemente intelectual) são proibidas de depor. Poderão depor, se forem desobrigadas do sigilo e quiserem depor.

As informantes são as testemunhas que não prestam compromisso e não têm a obrigação de dizer a verdade. São os menores de 14 anos e os deficientes mentais.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

1. INTERROGATÓRIO

1.1. Conceito

Interrogatório é o ato processual pelo qual o acusado é ouvido pelo juiz sobre a imputação contra ele formulada. O interrogatório possibilita ao acusado o exercício de autodefesa.

A natureza jurídica do interrogatório é matéria controversa. O Código de Processo Penal tratou o interrogatório como verdadeiro meio de prova. Já para a doutrina, o interrogatório tem caráter misto, é meio de prova e também meio de defesa, pois o acusado pode exercer sua autodefesa.

O princípio constitucional da ampla defesa (art. 5.º, inc. LV, da CF/88) constitui-se de: defesa técnica, que é aquela realizada pelo defensor do acusado, pelo causídico; e autodefesa, que é ato exclusivo do acusado.

A autodefesa pode ser renunciada pelo acusado. Constitui-se a autodefesa de: direito de presença, que é o direito do acusado acompanhar a realização dos atos processuais, depoimentos das testemunhas; e direito de audiência, que é o direito do acusado ser ouvido, participando da formação do livre convencimento do juiz. O réu também tem a garantia constitucional de permanecer calado em seu interrogatório, sem que qualquer sanção lhe seja aplicada.

O interrogatório do réu presente é ato indispensável. Sua falta acarretará a nulidade absoluta do processo. Exceção: poderá haver processo de réu presente sem interrogatório nos crimes constantes do Código Eleitoral e da Lei de

Imprensa. Para o réu revel (citado pessoalmente que não comparece nem constitui advogado), o interrogatório será dispensado. Se comparecer no decorrer da instrução, espontaneamente ou preso, será interrogado.

Para o interrogatório, é indispensável a citação do réu.

O art. 188 do Código de Processo Penal estabelece o roteiro das perguntas que devem ser feitas no interrogatório.

1.2. Características do Interrogatório

- Ato público.
- Ato processual oral. Exceções: para o surdo, as perguntas serão feitas por escrito e respondidas oralmente; para o mudo as perguntas serão feitas oralmente e respondidas por escrito; para o surdo-mudo as perguntas e as respostas serão feitas por escrito. Se o réu for estrangeiro ou surdo-mudo e analfabeto, será nomeado um intérprete que funcionará também como curador.
- Ato personalíssimo. Só o réu pode ser interrogado. Havendo defensor constituído, esse deverá ser notificado a comparecer; não havendo, será nomeado um dativo para o réu.
- Ato individual.
- Ato privativo entre juiz e réu. As partes não podem fazer reperguntas. O defensor poderá, entretanto, zelar pela regularidade formal do processo. Para o menor de 21 anos, a presença do curador é indispensável, sob pena de nulidade.

1.3. Momento do Interrogatório

Como regra, o momento do interrogatório é posterior à citação e anterior à defesa prévia. Mas como o Código de Processo Penal não fixou prazo, entende-se que o interrogatório pode ser realizado a qualquer momento. É ato não preclusivo. Pode realizar-se inclusive após a sentença, desde que antes do trânsito em julgado. Assim, se o réu comparecer em Juízo antes do trânsito em julgado e manifestar o desejo de ser ouvido, o juiz deverá interrogá-lo. Caso já exista apelação, o julgamento deverá ser convertido em diligênciapara que o réu seja ouvido, sob pena de cerceamento da defesa. Em situações excepcionais, entende-se ser o interrogatório – após a sentença – facultativo, dispensável quando, por exemplo, for possível antever a absolvição do acusado.

Caso o juiz entenda necessário, o réu já interrogado poderá ser novamente interrogado.

No procedimento da Lei n. 9.099/95, o momento do interrogatório é posterior à oitiva das testemunhas.

1.4. Direitos do Réu no Interrogatório

O réu, durante o interrogatório, tem o direito de permanecer em silêncio, conforme art. 5.º, inc. LXIII, da Constituição Federal de 1988. O réu que responde ao interrogatório não está obrigado a dizer a verdade, poderá mentir sem sofrer qualquer sanção. A mentira do réu no interrogatório só será considerada crime se fizer auto-acusação falsa, conforme art. 341 do Código Penal.

O réu ainda tem o direito de entrevistar-se com seu advogado antes do interrogatório. Esse direito vem previsto no Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário.

1.5. Interrogatório por Precatória

O provimento CXCI (1984) do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo possibilita a realização de interrogatório por precatória, pois, no processo penal, não vige o princípio da identidade física do juiz. O provimento vige somente no Estado de São Paulo. No tocante ao interrogatório *on line*, sistema de vídeo conferência, a doutrina questiona sua validade pela ausência física de um juiz, pois o interrogado poderá estar sofrendo alguma coação e essa não ser percebida. A jurisprudência o admite excepcionalmente.

1.6. Interrogatório do Menor de 21 anos

Se o réu for menor, o interrogatório será feito na presença de um curador. A omissão gera nulidade relativa, devendo ser demonstrado o prejuízo, sob pena de convalidação. A idade do menor deverá ser considerada na data da realização do ato e não na do cometimento da infração penal. A Súmula n. 352 do Supremo Tribunal Federal dispõe que não é nulo o processo penal por falta de nomeação de curador ao réu menor que teve a assistência de defensor dativo. A idade do acusado é provada por meio de documento hábil, como a certidão de nascimento ou a carteira de identidade. Não haverá nulidade do processo se o réu mentir acerca de sua idade. Também será necessário a nomeação de curador para o interrogatório do silvícola inadaptado e do doente mental.

2. CONFISSÃO

2.1. Conceito

Confissão é a admissão pelo réu da autoria dos fatos a ele imputados em um processo penal. A confissão refere-se à autoria do fato. A materialidade do delito não é objeto da confissão. A confissão feita perante a autoridade judicial configura atenuante genérica, art. 65, III, “d”, do Código Penal. A confissão não é mais considerada a rainha das provas; ao magistrado caberá apreciar a confissão em consonância com as demais provas produzidas.

2.2. Espécies de Confissão

- *Simples*: quando o réu admite a autoria de fato único, atribui a si a prática de infração penal.
- *Qualificada*: quando o réu admite a autoria dos fatos a ele imputados, mas alega algo em seu benefício, opõe um fato modificativo ou impeditivo, por exemplo: excludente de antijuridicidade, culpabilidade.
- *Complexa*: quando o réu admite a autoria de fato múltiplo.
- *Judicial*: é a confissão prestada perante o juiz competente, no próprio processo.
- *Extrajudicial*: é a confissão prestada no Inquérito Policial, ou fora dos autos da ação penal.

- *Explícita*: quando o acusado reconhece espontaneamente ser o autor da infração.
- *Implícita*: quando o acusado procura ressarcir o ofendido dos prejuízos causados pela infração.

2.3.Características da Confissão

A confissão é ato personalíssimo do réu. É ato livre e espontâneo.

A confissão é um ato retratável, isto é, o acusado pode desdizer a confissão prestada. A confissão é ainda um ato divisível, isto é, o juiz poderá cindir a confissão feita pelo acusado, acatando-a em parte ou no todo.

2.4.Confissão Ficta

A confissão ficta ou presumida não se verifica no processo penal, em virtude da verdade real que norteia o processo penal. Ainda que o processo corra à revelia do réu, não haverá presunção de veracidade dos fatos alegados pela acusação.

2.5.Confissão Delatória ou Chamada de Co-Réu

Ocorre quando um réu, no interrogatório, imputa a terceiro a responsabilidade pela prática do crime, além de confessar sua própria participação. No tocante a imputação a terceiro, seu valor equivale à prova testemunhal, havendo a possibilidade de reperguntas pelas partes.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

1. DOS SUJEITOS PROCESSUAIS

Os sujeitos processuais dividem-se em principais e secundários. Principais são aqueles cuja ausência torna impossível a existência ou a complementação da relação jurídico-processual: são o juiz e as partes. O juiz é o sujeito processual imparcial e as partes são os sujeitos processuais parciais, representados pela acusação, que é o Ministério Público ou o querelante, e pela defesa, que é o réu ou o querelado. Secundários são aqueles que não são indispensáveis ao processo, mas que nele intervêm de alguma forma: são os órgãos auxiliares da justiça, os serventuários, os peritos e os intérpretes.

O assistente de acusação é também chamado de parte contingente, pois não é um integrante necessário da relação jurídico-processual.

1.1. Juiz

O juiz exerce o papel de maior relevo no processo. A lei confere-lhe os poderes necessários para zelar pelo processo e solucionar a lide. Para tanto, são necessários alguns pressupostos processuais subjetivos relativos à função de juiz. São eles:

- *Investidura*: a jurisdição só pode ser exercida por quem tenha sido regularmente investido na autoridade de juiz, atualmente pela aprovação em concurso público de provas e títulos, observando-se

nas nomeações a ordem de classificação (art. 93, inc. I, da Constituição Federal).

- *Imparcialidade*: o juiz deve estar, no processo, acima e eqüidistante das partes, *super et inter partes*. Se presentes algumas das causas de suspeição (art. 254 do Código de Processo Penal), impedimento (art. 252 do Código de Processo Penal) ou incompatibilidade (art. 253 do Código de Processo Penal), o juiz deverá ser afastado do processo. Nos casos de impedimento, o juiz tem algum vínculo com uma das partes; são causas graves que afetam a imparcialidade, acarretando a inexistência do ato realizado pelo juiz impedido. Na suspeição, o juiz tem interesse no resultado do processo. Esta gera a nulidade absoluta do processo. Para parte da doutrina, o rol que trata do impedimento e da suspeição, por ser restritivo de direitos, é um rol taxativo que não pode ser ampliado.

Obs: O Código de Processo Civil, em seu art. 135, par. ún., permite que o magistrado se afaste da causa argüindo motivo de foro íntimo. O Código de Processo Penal não faz essa previsão. Poderá, mesmo assim, o juiz do processo penal fazê-lo?

R: Sim. No processo penal, o juiz também pode declinar de sua atuação por motivo de foro íntimo.

- *Competência*: o juiz deve ser o competente para julgar a lide, segundo as regras de competência previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal.

1.2. Acusador

O acusador, no processo penal, é representado pelo Ministério Público, no caso da ação penal pública, e pelo querelante (ofendido ou seu representante legal), no caso de ação penal privada ou ação penal subsidiária da pública. O Ministério Público atuará sempre no processo penal, seja como parte na ação penal pública, seja como *custus legis*, isto é, fiscal da lei na ação penal privada.

Conforme o art. 68 do Código de Processo Penal, o Ministério Público também tem legitimidade para promover a ação civil *ex delicto* em nome do ofendido. Nesse caso, o Ministério Público atua como substituto processual.

A Constituição Federal, no art. 129, relaciona as funções institucionais do Ministério Público e prevê, no § 2.º, que essas funções só podem ser exercidas por integrantes da carreira. A Constituição Federal vedou a possibilidade do promotor *ad hoc*, isto é, a nomeação de uma pessoa que faça as vezes do promotor para algum ato processual.

O Ministério Público, porque exerce a acusação pública, possui algumas peculiaridades, como a possibilidade de impetrar *habeas corpus* e de recorrer em favor do réu; além disso, seus membros estão sujeitos à disciplina das suspeições e impedimentos, entre outras. Uma vez que atuam em nome da instituição e não em nome próprio, podem ser substituídos no curso do processo, proibindo-se, entretanto, designações discricionárias feitas pelo Procurador-Geral de Justiça.

Os membros do Ministério Público não se encontram subordinados, quer ao Poder Executivo, quer ao Judiciário, possuindo total independência.

1.3. Acusado

O acusado é aquele contra quem se dirige a pretensão punitiva. É o sujeito passivo da relação jurídico-processual. O acusado deve ser identificado com o nome e com os demais dados. O Código de Processo Penal permite a propositura da ação penal somente com a descrição das características físicas do indivíduo.

É necessário que o acusado tenha capacidade para ser parte (sujeito de direitos e obrigações) e capacidade para estar em juízo em nome próprio, o que advém com a idade de 18 anos. Ao acusado menor de 21 anos, será nomeado curador, que poderá ser advogado ou outra pessoa idônea. Se o acusado teve a assistência de defensor dativo, a falta de curador não anula o processo, conforme a Súmula n. 352 do Supremo Tribunal Federal.

Não podem ser acusadas as pessoas que dispõem de imunidade parlamentar ou diplomática.

O acusado que, citado pessoalmente, não comparecer ao interrogatório, será considerado revel.

A Constituição Federal previu a possibilidade de a pessoa jurídica ser o sujeito passivo da infração penal nos casos de crime contra a economia popular, contra a ordem econômica e financeira e nas condutas lesivas ao meio ambiente.

A Constituição Federal prevê uma série de garantias ao acusado no processo penal, entre as quais:

- o direito ao respeito à integridade física e moral;
- o direito ao devido processo legal;

- o direito ao contraditório e à ampla defesa, que inclui a autodefesa e a defesa técnica feita por defensor;
- o direito ao silêncio.

O acusado poderá, sem o defensor: impetrar *habeas corpus*, interpor recurso, interpor revisão criminal, pagar fiança arbitrada pelo juiz e argüir suspeição.

1.4. Advogado

O defensor não é sujeito processual, mas sim o representante do acusado, que age em nome e no interesse dele. Exerce a defesa técnica do acusado, que é tão importante e indisponível que poderá ser exercida ainda que contra a vontade do representado ou mesmo na sua ausência. No processo penal, o contraditório e a ampla defesa são efeitos. A ciência e a participação são necessárias.

A ampla defesa, no processo penal, constitui-se de autodefesa, feita pelo próprio acusado no interrogatório, e de defesa técnica, desempenhada por pessoa legalmente habilitada, o advogado (art.133 da Constituição Federal).

Se o acusado não possuir defensor constituído, também chamado de procurador, o juiz irá nomear-lhe um defensor, chamado de defensor dativo. Se o acusado possuir habilitação técnica, ele mesmo poderá defender-se.

A constituição do defensor faz-se por meio de outorga de procuração com cláusula *ad judicia*. A constituição do defensor pode ser também *apud*

acta, isto é, o próprio acusado em seu interrogatório indica quem é seu defensor.

Para a realização de alguns atos no processo, o defensor precisa de poderes especiais, como poderes para argüir a suspeição, argüir falsidade de documento e concordar com perdão do querelante.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, o defensor dativo não tem a obrigação de recorrer, mas, se o acusado interpuser recurso, o defensor dativo tem a obrigação de arrazoar o recurso.

A intimação do defensor dativo é feita pessoalmente e a intimação do defensor constituído é feita por publicação na imprensa oficial. A Lei n. 1.060/50, art. 5.º, § 5.º, que trata da assistência judiciária, prevê o prazo em dobro para o defensor público. A jurisprudência estende a prerrogativa do prazo em dobro ao defensor dativo e aos advogados com convênio na Procuradoria-Geral do Estado.

A falta do defensor, ainda que motivada, não implica adiamento do ato processual, devendo o juiz nomear ao réu um substituto *ad hoc* para o ato.

1.5. Assistente do Ministério Público

O assistente de acusação é parte contingente no processo. Podem intervir no processo, como assistentes do Ministério Público, o ofendido, seu representante legal, ou, na falta, o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão do ofendido, por intermédio de advogado, para reforçar a acusação e acautelar a reparação civil. Atualmente tem sido admitida a intervenção como assistente da(o) companheira(o) do ofendido.

Atenção: O Estado pode intervir como assistente da acusação?

Para os Profs. TOURINHO e MIRABETE, o Estado não pode intervir, pois o Ministério Público já defende o interesse público. Não há necessidade de o Estado participar como assistente da acusação.

Para o Prof. VICENTE GRECO, é possível a intervenção do Estado, pois o Ministério Público, quando atua, defende interesse público primário (sociedade), e o Estado, quando se habilita como assistente da acusação, vai defender interesse público secundário (patrimonial).

O Decreto-lei n. 201/67, que trata da responsabilidade dos prefeitos, prevê expressamente a possibilidade de o Estado atuar como assistente da acusação.

O assistente da acusação intervém em todos os termos da ação penal, logo, não toma parte do inquérito policial e da execução. Intervém a partir do recebimento da denúncia até o trânsito em julgado da decisão. Intervém no processo no estado em que ele se encontra; assim, não pode pretender a renovação de atos processuais sobre os quais já ocorreu a preclusão.

O Ministério Público será ouvido previamente sobre a admissão do assistente. Manifesta-se sobre a legalidade. No tocante à avaliação pelo Ministério Público acerca da conveniência ou oportunidade para a intervenção do assistente, existem duas posições:

- Para os Profs. TOURINHO e MIRABETE, o Ministério Público somente examina a legalidade da intervenção.
- Para os Profs. MAGALHÃES NORONHA e TORNAC, além da legalidade, o Ministério Público pode manifestar-se sobre a conveniência e a oportunidade da intervenção do assistente.

Atualmente vigora a primeira posição.

Da decisão que admite ou não o assistente de acusação não cabe recurso, podendo, entretanto, ser impetrado mandado de segurança ou correição parcial.

Qual o real interesse do assistente de acusação em ingressar no processo penal?

Para o Prof. TOURINHO, a intervenção do assistente fundamenta-se exclusivamente em interesse na obtenção de uma sentença penal condenatória, que será um título executivo judicial a ser executado no juízo cível, reparando os danos decorrentes do ato ilícito.

Para uma segunda posição, dominante na doutrina e na jurisprudência, além do interesse citado acima, o assistente também tem o interesse de auxiliar o Ministério Público na busca da realização da justiça. Um dos principais expoentes dessa corrente é o Prof. VICENTE GRECO.

Em razão dessa questão, levanta-se uma nova polêmica:

Se, no processo, foi aplicado ao réu o *sursis* penal e o Ministério Público se conforma, o assistente de acusação poderá recorrer, interpondo apelação?

Novamente surgem duas posições:

Para o Prof. TOURINHO, o assistente já alcançou seu objetivo, a sentença penal condenatória, restando executá-la no juízo cível.

Para o Prof. VICENTE GRECO, o assistente quer também a realização da justiça, a correta aplicação da lei ao caso concreto, podendo, portanto, interpor apelação.

O art. 271 do Código de Processo Penal relaciona os poderes do assistente no processo penal. É um rol taxativo:

- Propor meios de prova. O assistente poderia arrolar testemunhas, já que esse é um meio de prova?

O momento para a acusação arrolar testemunhas de acusação é no oferecimento da denúncia, e o assistente intervém no processo após o recebimento da denúncia, quando, portanto, já ocorreu a preclusão. Há, no entanto, duas posições:

- Para o Prof. TOURINHO, o momento para arrolar testemunhas já precluiu, não sendo possível posteriormente propor tal meio de prova.
- Para o Prof. MIRABETE, é possível, desde que dentro do número legal de testemunhas que serão ouvidas, ou não, a critério do juiz.

- Requerer perguntas às testemunhas, sempre posteriores às do Ministério Público.
- Aditar o libelo, usando o prazo de 48h por analogia.
- Oferecer alegações finais, sempre posteriores às do Ministério Público.
- Participar dos debates orais.
- Arrazoar seus próprios recursos e os recursos interpostos pelo Ministério Público. Pode também oferecer contra-razões aos recursos da defesa. O Código de Processo Penal só permite ao assistente de acusação interpor recurso de apelação no procedimento do júri e no juízo singular e recurso em sentido estrito contra decisão de impronúncia e que julga extinta a punibilidade. Conforme a Súmula n. 210 do Supremo Tribunal Federal, o assistente pode recorrer, inclusive extraordinariamente (e especial), contra acórdãos que

julguem apelação ou recurso em sentido estrito. Da decisão concessiva de *habeas corpus*, o assistente de acusação não pode recorrer, conforme a Súmula n. 208 do Supremo Tribunal Federal. O prazo para o assistente interpor recurso em sentido estrito é de 5 dias, se ele já estiver habilitado nos autos, ou de 15, se não estiver habilitado, pois, nesse caso, não é intimado da decisão. O termo inicial para o assistente interpor recurso é supletivo e inicia-se no primeiro dia subseqüente ao término do prazo do Ministério Público. Se o Ministério Público já interpôs recurso, não cabe ao assistente propor novamente. Se o Ministério Público só recorreu de parte da decisão, o assistente pode recorrer da parte não recorrida.

Atenção: O co-réu pode ser assistente de acusação? Ex: lesões corporais recíprocas. Não há, nesse caso, legítima defesa. Ambos são denunciados pelo mesmo delito. Serão ao mesmo tempo réu e vítima. Um deles poderá habilitar-se como assistente de acusação?

O art. 270 do Código de Processo Penal dispõe que o co-réu no mesmo processo não poderá intervir como assistente do Ministério Público, concluindo-se, portanto, pela impossibilidade da intervenção do co-réu como assistente da acusação. A doutrina, entretanto, observa a seguinte possibilidade: no processo, um deles é absolvido, o Ministério Público conforma-se com a decisão e esta transita em julgado, enquanto o outro é condenado e apela de sua decisão. Aquele que foi anteriormente absolvido posteriormente pode intervir como assistente da acusação, pois não é mais co-réu.

O assistente que não tiver legítimo interesse ou que perturbar deliberadamente a acusação poderá ser afastado. O assistente que faltar injustificadamente a um ato do processo não será intimado dos demais.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

1. DA PRISÃO E DA LIBERDADE PROVISÓRIA

1.1. Conceito

Prisão consiste na privação da liberdade de locomoção, mediante clausura, decretada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, ou decorrente de flagrante delito. Conforme o art. 5.º, inc. LXI, da Constituição Federal, ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

A prisão será efetuada sem o respectivo mandado somente nos casos de prisão em flagrante, transgressão militar, durante estado de sítio e no caso de recaptura do evadido.

O Código Eleitoral prevê que, 5 dias antes e 48h depois do dia da eleição, não podem ser cumpridos mandados judiciais de prisão *processual*. Tal disposição visa assegurar o exercício do direito político. Podem, entretanto, ser efetuadas as prisões em flagrante e as decorrentes de sentença penal condenatória com trânsito em julgado.

1.2. Espécies

As espécies de prisão são:

- *Prisão Penal ou Prisão com Pena*. É a prisão decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado, irrecorrível.

- *Prisão Processual, Provisória ou Cautelar*. É a prisão decretada no curso do processo. Como tem natureza cautelar, precisam estar presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* para ser decretada. São espécies de prisão processual:

  - prisão em flagrante;
  - prisão preventiva;
  - prisão temporária;
  - prisão para apelar;
  - prisão por sentença de pronúncia.

- *Prisão Civil*. A Constituição Federal não permite a prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel, conforme art. 5.º, inc. LXVII, da Constituição Federal.

- *Prisão disciplinar*. É a prisão para as transgressões militares e os crimes propriamente militares.

- *Prisão administrativa*. Com a Constituição Federal de 1988, a autoridade administrativa não pode mais aplicar a pena de prisão, sendo necessária a decretação pelo Poder Judiciário, respeitando-se o devido processo legal.

1.3. Mandado de Prisão

O Código de Processo Penal, nos arts. 285 e ss., trata do mandado (ordem) de prisão. Conforme dispõe esse diploma, a autoridade judicial que ordenar a prisão expedirá o respectivo mandado, que será lavrado pelo escrivão e assinado pela autoridade competente. Além de designar pelo nome ou sinais característicos a pessoa a ser presa, o mandado mencionará a infração penal que motivou a prisão, declarará o valor da fiança, se afiançável o delito, e será dirigido a quem tenha qualidade para executá-lo. O mandado será apresentado em duplicata, e o preso passará recibo em uma das vias. A execução do mandado será realizada em qualquer dia e horário, guardadas as disposições sobre inviolabilidade de domicílio. Na prisão em flagrante, não há inviolabilidade de domicílio. Exemplo: guardar entorpecentes em casa é um crime permanente, sua consumação se prolonga no tempo. A prisão em flagrante pode ocorrer a qualquer momento.

1.4. Prisão em Domicílio e em Perseguição

A prisão decorrente de mandado deve respeitar a inviolabilidade do domicílio, prevista no art. 5.º, inc. XI, da Constituição Federal. O mandado de prisão só poderá ser cumprido durante o dia, compreendido o interregno das 6 às 18h. Alguns entendem que o direito ao cumprimento do mandado de prisão se inicia com a aurora e se encerra com o crepúsculo. Nesse período, a prisão pode ser efetuada ainda que sem o consentimento do morador, podendo o executor arrombar as portas se preciso, conforme art. 293 do Código de Processo Penal. O morador que se recusar a entregar o réu oculto em sua casa cometerá o crime de favorecimento pessoal, art. 348 do Código Penal. Estão excluídos o cônjuge, ascendente, descendente e irmão (*cadi*) do réu.

Durante a noite, o mandado de prisão só será cumprido se houver concordância do morador. A recusa, nesse caso, não configura crime, é um exercício regular do direito. Se não houver concordância do morador, como cautela, as saídas devem ser vigiadas, tornando a casa incomunicável. Ao amanhecer será efetuada a prisão.

No caso de perseguição, passando o réu para outra Comarca, o executor da prisão poderá prendê-lo onde o alcançar, apresentando-o imediatamente à autoridade policial local, que lavrará o auto de prisão em flagrante, se for o caso, e providenciará sua remoção para apresentação ao juiz que determinou a prisão.

1.5. Prisão Especial

Algumas pessoas, em razão de sua função, cumprirão a *prisão processual* em celas especiais ou quartéis – tal prisão só vigora até a sentença condenatória definitiva. É assegurado: alojamento condigno, alimentação, recreio, uso de vestuário próprio, assistência do advogado, assistência religiosa, assistência médica particular, visita de parentes e amigos em horário previamente fixado, visita de parentes próximos durante o expediente, sem horário determinado, recepção e transmissão de correspondência livremente, salvo casos especiais, e transporte diferenciado. O art. 295 do Código de Processo Penal relaciona aqueles que têm direito à prisão especial. Além desses, há outros previstos em leis especiais também.

Se não houver estabelecimento adequado, poderá ser concedido o regime de prisão provisória domiciliar, na própria residência, de onde o preso não poderá se afastar sem prévio consentimento judicial.

Conforme art. 86, § 3.º, da Constituição Federal, o Presidente da República não estará sujeito à prisão enquanto não sobrevier sentença condenatória transitada em julgado.

1.6. Prisão em Flagrante

A palavra 'flagrante' vem do latim, significando 'queimar'. Flagrante delito é o crime que 'ainda queima', isto é, que está sendo cometido ou acabou de sê-lo. A prisão em flagrante é uma medida restritiva da liberdade de natureza processual e cautelar. Consiste na prisão – independente de ordem escrita e fundamentada de juiz competente – de quem é surpreendido enquanto comete ou acaba de cometer a infração penal. Aplica-se também à contravenção.

1.6.1. Espécies de flagrante

- *Flagrante próprio*: é o flagrante propriamente dito, real ou verdadeiro. O agente é preso enquanto está cometendo a infração penal ou assim que acaba de cometê-la– art. 302, incs. I e II, do Código de Processo Penal.

- *Flagrante impróprio*: é o flagrante irreal ou "quase-flagrante". O agente é perseguido logo após cometer o ilícito, em situação que faça presumir ser ele o autor da infração– art. 302, inc. III, do Código Penal.

- *Flagrante presumido*: é o flagrante ficto ou assimilado. O agente do delito é encontrado, logo depois, com papéis, instrumentos, armas ou

objetos que fazem presumir ser ele o autor do delito– art. 302, inc. IV, do Código de Processo Penal.

- *Flagrante compulsório*: as autoridades policiais e seus agentes têm o dever de efetuar a prisão em flagrante, não possuindo qualquer discricionariedade.

- *Flagrante facultativo*: é a faculdade que qualquer um do povo tem de efetuar ou não a prisão em flagrante, conforme os critérios de conveniência e oportunidade.

- *Flagrante preparado ou provocado*: é o delito de ensaio, delito de experiência, delito putativo por obra do agente provocador. Ocorre quando alguém, de forma insidiosa, provoca o agente à prática de um crime e, ao mesmo tempo, toma providências para que ele não se consume. No flagrante preparado, o policial ou terceiro induz o agente a praticar o delito e o prende logo em seguida, em flagrante. O Supremo Tribunal Federal considera atípica a conduta, conforme a Súmula n. 145.

- *Flagrante esperado*: essa hipótese é válida. O policial ou terceiro esperam a prática do delito para prender o agente em flagrante. Não há qualquer induzimento.

- *Flagrante prorrogado*: é o flagrante previsto no art. 2.º, inc. II, da Lei n. 9.034/95, que trata das organizações criminosas. O policial tem a discricionariedade para deixar de efetuar a prisão em flagrante no momento da prática delituosa, tendo em vista um momento mais importante para a investigação criminal e para a colheita de provas. Só é possível nesses crimes.

- *Flagrante forjado*: é o flagrante maquinado, fabricado ou urdido. Policiais ou terceiros criam provas de um crime inexistente para prender em flagrante. Exemplo: o policial, ao revistar o carro, afirma ter encontrado drogas, quando na verdade foi ele quem colocou a droga dentro do carro, visando a incriminação. Apesar da dificuldade de sua prova, quando ela se dá é considerado crime inexistente, e o policial responde por abuso de autoridade.

O flagrante em crime permanente pode ocorrer enquanto não cessar a permanência do delito. No tocante ao flagrante em crime habitual, surgiram duas correntes:

- A primeira entende que o crime habitual exige a reiteração de condutas, logo, não cabe a prisão em flagrante.
- A segunda afirma que, se já existe prova da habitualidade, pode ocorrer a prisão em flagrante.

A ação penal privada não impede a prisão em flagrante, desde que o ofendido autorize a lavratura do auto e o ratifique no prazo da entrega da nota de culpa, ou seja, em 24h.

Não podem ser presos em flagrante:

- Menor de 18 anos (menor é apreendido).
- Diplomatas estrangeiros.
- Presidente da República.

- Agente que socorre a vítima de trânsito– art. 301 da Lei n. 9.503/97.
- Aquele que se apresenta espontaneamente à autoridade após o cometimento do delito. Nada impede, entretanto, que lhe seja decretada a prisão preventiva, se necessário.

Podem ser presos em flagrante apenas nos crimes *inafiançáveis:*

- membros do Congresso Nacional;
- deputados estaduais;
- magistrados;
- membros do Ministério Público;
- advogados no exercício da profissão.

A autoridade policial competente, para lavrar o auto de prisão, será aquela do local onde se efetivou a prisão. Se for local diferente de onde ocorreu o delito, os autos devem ser posteriormente para lá remetidos a fim de instauração do inquérito policial e propositura da ação penal. Se se desrespeitar essa regra, o auto será válido, haverá mera irregularidade.

No caso de infração militar, o auto de prisão em flagrante é lavrado pela autoridade oficial militar. Nos crimes cometidos no interior da Câmara ou do Senado, a Mesa da Câmara ou outra autoridade competente, designada no regimento interno, lavrará o auto.

Se o fato foi praticado contra autoridade ou em sua presença, ela própria, desde que investida de suas funções, poderá lavrar o auto.

Como o prazo para a entrega da nota de culpa ao preso é de 24 horas, por dedução lógica, o prazo para lavratura do auto também é de 24 horas.

1.6.2. Etapas da prisão em flagrante

- Comunicação ao preso de seus direitos, dentre eles os de permanecer em silêncio no interrogatório. Deve-se também comunicar sua família ou seu advogado sobre a prisão. O direito do preso é o de comunicar e não o de ser assistido.

- Iniciam-se as oitivas do condutor do preso e depois, no mínimo, de duas testemunhas. Na falta de uma testemunha, o próprio condutor poderá ser a testemunha. Não havendo testemunhas, devem ser ouvidas duas testemunhas que presenciaram a apresentação do preso à autoridade policial – são as testemunhas instrumentárias. Se for possível, ouve-se também a vítima.

- Interrogatório do preso. Segue os mesmos requisitos do interrogatório judicial. Se o acusado for menor de 21 anos, ser-lhe-á nomeado um curador, sob pena de relaxamento do flagrante.

- Após 24 horas, deve ser entregue ao preso a nota de culpa, que é o instrumento que informa ao preso os motivos da prisão. Deve ser assinado pelas testemunhas. A falta da nota de culpa também acarreta o relaxamento da prisão.

- Encerrada a lavratura do auto, a prisão é comunicada ao juiz, que dará vistas ao Ministério Público. Com essa comunicação, a autoridade policial se desincumbe da sua obrigação.

1.7. Prisão Preventiva

A prisão preventiva é uma prisão processual de natureza cautelar. Pode ser decretada desde o inquérito policial até antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Como é exceção, só pode ser decretada quando demonstrado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Será decretada a requerimento do Ministério Público, por representação da autoridade policial, ou de ofício pela autoridade judicial, tanto em ação penal pública como em ação penal privada.

Se o Ministério Público, ao invés de oferecer a denúncia, devolver os autos para diligências complementares, não poderá ser decretada a preventiva, pois não estão caracterizados os indícios da autoria – falta o *fumus boni iuris*.

A apresentação espontânea do acusado não impede a decretação da preventiva.

A decisão que denega o pedido de prisão preventiva comporta recurso em sentido estrito, conforme art. 581, inc. V, do Código de Processo Penal. A decisão que concede pedido de prisão preventiva comporta o pedido de *habeas corpus*.

A prisão preventiva não pode ser decretada nas infrações penais em que o réu se livra solto.

Pressupostos para decretação da prisão preventiva:

- *Fumus boni iuris*: Prova da materialidade e indícios de autoria.
- *Periculum in mora*:

- *Garantia da Ordem Pública (GOP):* Visa impedir que o agente, solto, continue a delinqüir ou acautelar o meio social. Maus antecedentes e reincidência evidenciam provável prática de novos delitos. Também cabível quando o crime se reveste de grande violência e crueldade.

- *Conveniência da Instrução Criminal (CIC):* Visa impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas.

- *Garantia da Aplicação da Lei Penal (GALP):* Há iminente risco de o acusado fugir, inviabilizando a aplicação da lei penal. Cabível principalmente nos casos do agente não ter residência fixa ou ocupação lícita.

- *Garantia da Ordem Econômica (GOE):* Foi introduzida pela lei antitruste (Lei n. 8.884/94), visando coibir graves crimes contra a ordem econômica, ordem tributária e o sistema financeiro.

• Só se admite a decretação da preventiva nos crimes dolosos:

- punidos com reclusão;

- punidos com detenção, se o acusado for vadio ou de identidade duvidosa;

- se o réu foi condenado por outro crime doloso em sentença transitada em julgado.

1.8. Prisão Temporária

A prisão temporária não está prevista no Código de Processo Penal, mas na Lei n. 7.960/89. Suas principais características são:

- Somente é decretada durante o inquérito policial.
- Nunca pode ser decretada de ofício, somente por requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial.
- Tem prazo determinado. Esgotado o prazo, o acusado deve ser solto. Em regra, o prazo é de 5 dias, prorrogáveis por mais 5 em caso de extrema e comprovada necessidade. Nos crimes hediondos e assemelhados (Lei n. 8.072/90), o prazo é de 30 dias prorrogáveis. Apesar de ter prazo predeterminado, pode ser revogada antes disso.
- É uma prisão de natureza cautelar, só tem razão de ser quando necessária. Após esgotado o prazo, o acusado pode continuar preso, se houver a conversão da prisão temporária em prisão preventiva.

O art. 1.º da Lei n. 7.960/89 determina os requisitos necessários para a decretação da prisão temporária. São eles:

- quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos suficientes para sua identificação;
- quando houver fundadas razões– provas de o agente ser autor ou ter participado dos seguintes crimes:

  – atentado violento ao pudor;

  – crimes contra o sistema financeiro nacional;

  – extorsão;

  – extorsão mediante seqüestro;

- estupro;
- epidemia com resultado morte;
- envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificados por morte;
- genocídio;
- homicídio doloso;
- quadrilha ou bando;
- roubo;
- rapto violento;
- seqüestro ou cárcere privado;
- tráfico de drogas.

O rol do art. 1.º, inc. III, da Lei n. 7.960/89 é taxativo, mas não se esgota ali; a Lei n. 8.072/90 o complementa.

Os requisitos do art. 1.º, incs. I a III, são alternativos ou cumulativos?

Posições:

- Uma primeira corrente, sustentada pelos Profs. TOURINHO e MIRABETE, afirma que os requisitos são alternativos.
- Uma segunda, sustentada pelo Prof. SCARANCE, estabelece que os requisitos são cumulativos e que todos devem estar presentes para

que seja decretada a temporária. Inviabiliza, na prática, a aplicação da lei..

- Uma terceira corrente, sustentada pelo Prof. VICENTE GRECO FILHO, entende que os requisitos são alternativos, porém, o juiz só poderá decretar a prisão temporária se presentes os fundamentos da preventiva (GOP, GOE, GALP, CIC).

- Uma quarta, sustentada pelos Profs. DAMÁSIO DE JESUS e MAGALHÃES GOMES FILHO, sustenta que, como em toda prisão cautelar, devem estar presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Na temporária, o *periculum in mora* é o requisito do art. 1.º, incs. I ou II, da Lei n. 7.960/89; e o *fumus boni iuris* é o requisito do art. 1.º, inc. III, da Lei 7.960/89. O juiz, portanto, no caso concreto, vai decretar a temporária se estiverem presentes:

  – o inc. III combinado com o inc. I;

  – o inc. III combinado com o inc. II.

É a posição dominante e acolhida pela jurisprudência.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

1. DA PRISÃO E DA LIBERDADE PROVISÓRIA (TOMO II)

1.1. Prisão por Sentença Condenatória Recorrível (Prisão para Apelar)

O art. 393, inc. I, do Código de Processo Penal dispõe que um dos efeitos da sentença condenatória recorrível é ser o réu preso ou conservado na prisão, seja no caso de infrações inafiançáveis, seja nas afiançáveis – enquanto não prestar fiança. O art. 594 do Código de Processo Penal dispõe que o réu não poderá apelar sem estar recolhido à prisão ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes– assim reconhecido na sentença condenatória– ou condenado por crime de que se livre solto. Em virtude desses dispositivos, são requisitos da prisão por sentença condenatória recorrível:

- Condenação, por sentença condenatória recorrível, a pena privativa de liberdade não suspensa e não substituída (inexistência de *sursis* penal ou pena alternativa).
- Ser o réu reincidente ou primário de maus antecedentes. Se for primário e de bons antecedentes poderá apelar em liberdade.
- Ser a infração for inafiançável ou, se afiançável, não tiver sido paga.

A prisão por sentença condenatória recorrível não é decretada no caso de infrações em que o réu se livra solto, em que não é aplicada pena privativa de

liberdade ou quando o máximo da pena privativa de liberdade não exceder a 3 meses (art. 321 CPP).

1.1.1. Regras específicas

A Lei n. 8.072/90 (crimes hediondos), no art. 2.º, § 2.º, e a Lei n. 9.613/98 (lavagem de capitais), no art. 3.º, determinam que o juiz decidirá, fundamentadamente, se o réu apelará em liberdade ou não.

A Lei n. 6.368/76 (tóxicos), no art. 35, e a Lei n. 9.034/95 (organizações criminosas), no art. 9. º, vedam a possibilidade de o réu apelar em liberdade.

Na visão da doutrina, o réu só poderá ser preso por força de sentença condenatória recorrível quando o encarceramento se mostrar necessário. Isso ocorre quando presentes os fundamentos da prisão preventiva (*fumus boni iuris*, que é a sentença condenatória recorrível; e o *periculum in mora*, garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, garantia da aplicação da lei penal).

Deve-se compatibilizar essa prisão com o princípio do estado de inocência. Só os requisitos do art. 594 do Código de Processo Penal não podem determinar a prisão, pois seria execução provisória da pena.

Quanto à jurisprudência, há duas posições:

- Parte dela aplica o art. 594 do Código de Processo Penal *in totum*.
- Para outra parte, o tratamento depende de como o réu respondeu o processo, se preso ou solto. Se durante o processo o réu estava solto, não há porquê prendê-lo para recorrer da sentença. Se estava preso

durante o processo, não há razão para soltá-lo;ele permanecerá preso, ainda que primário e com bons antecedentes.

1.2. Prisão por Pronúncia

O art. 408 do Código de Processo Penal dispõe que o juiz, se convencido da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, deverá pronunciá-lo, indicando os motivos do seu convencimento. Conforme o § 1.º, a sentença de pronúncia indicará o dispositivo legal em cuja sanção for julgado incurso o réu, e o *recomendará na prisão* em que se achar, ou expedirá ordem para sua captura. Dispõe o § 2.º que, se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso.

Em virtude desses dispositivos, são pressupostos para que o réu seja preso por sentença de pronúncia:

- réu pronunciado;
- réu reincidente, ou primário com maus antecedentes;
- ser o crime inafiançável ou, se afiançável, o réu não ter pago fiança (nos crimes dolosos contra a vida, são afiançáveis o infanticídio, art. 123 do CP, e o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, art. 124 do CP);
- a prisão ser necessária para não violar o princípio da presunção de inocência. Para a doutrina, são necessários os requisitos da prisão preventiva. Para a jurisprudência, se permaneceu solto durante o processo, continuará em liberdade. Se já estava preso durante o

processo, permanecerá preso, ainda que primário e com bons antecedentes.

1.3. Liberdade Provisória

Aplica-se a liberdade provisória para a prisão em flagrante (salvo se houver irregularidade ou nulidade que enseje o relaxamento da prisão em flagrante), para a prisão por pronúncia (art. 408, § 2.º, do CPP) e para a prisão para apelar (sentença condenatória recorrível, art. 594 do CPP). Para a prisão preventiva e para a temporária, pede-se a revogação da prisão.

A liberdade provisória é uma contra-cautela que vigora até o trânsito em julgado da decisão final, quando haverá a execução da pena, aplicada no caso de condenação, ou a liberdade definitiva, no caso de absolvição.

A Liberdade Provisória é obrigatória nas infrações penais em que o réu se livra solto– as apenadas exclusivamente com multa e as apenadas com pena privativa de liberdade que não exceda 3 (três) meses (art. 321, incs. I e II, do CPP).

A Liberdade Provisória é permitida nas infrações em que há o pagamento de fiança. De acordo com o art. 322 do Código de Processo Penal, são afiançáveis as infrações punidas com detenção ou prisão simples (fiança concedida pelo juiz ou pela autoridade policial) ou punidas com reclusão cuja pena não exceda 2 (dois) anos (fiança concedida somente pela autoridade judicial e fundamentadamente).

A Súmula n. 81 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que, em caso de concurso material, para se determinar a afiançabilidade ou não no caso concreto, as penas devem ser somadas.

Até 1977, obtinha-se a liberdade provisória somente mediante o pagamento de fiança. Em 1977, a Lei n. 6.416 acrescentou um parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal, criando-se a possibilidade da obtenção da liberdade provisória sem fiança, sempre que estiverem ausentes os motivos da prisão preventiva, até mesmo nos crimes inafiançáveis.

São inafiançáveis conforme os arts. 323 e 324 do Código de Processo Penal:

- crimes punidos com reclusão, em que a pena mínima for superior a dois anos;
- contravenções de mendicância e vadiagem;
- crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade, se o réu for reincidente;
- crimes punidos com reclusão e que provoquem clamor público, ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa, ou que envolvam grave ameaça;
- quebra de fiança anteriormente concedida, ou infringência de obrigação imposta;
- prisão por mandado do juiz cível – disciplinar, administrativa ou militar;
- o réu estiver no gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional;
- quando presentes os motivos que autorizam a preventiva.

Nesses casos, o juiz deverá fazer o seguinte raciocínio: se o réu estivesse solto, haveria motivos para ser decretada a prisão preventiva?

Se houver motivos, não se concede a liberdade provisória.

Se não houver motivos, concede-se a liberdade provisória.

A liberdade provisória independente de fiança criou, na prática, uma situação injusta. Se não é o caso de prisão preventiva e o delito é afiançável, a liberdade provisória somente poderá ser concedida mediante o recolhimento de fiança. Se o delito é inafiançável, a liberdade provisória poderá ser concedida sem qualquer pagamento. Ex.: o juiz recebe um processo de furto simples, cuja pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos e que admite a fiança. Arbitrada e paga a fiança, é concedida a liberdade provisória. Em outro processo de roubo simples, com a pena de 4 (quatro) a 10 (dez) anos de reclusão – em pena mínima superior a 2 (dois) anos não cabe fiança –, conclui o juiz que, se o réu estivesse solto, não seria o caso de decretação da prisão preventiva e, então, concede também a liberdade provisória. Percebe-se uma injustiça da lei: no crime menos grave há o pagamento de fiança; no mais grave, não. Na prática, por razões de política criminal, o juiz, verificando o preenchimento dos requisitos, concede a liberdade provisória independente do pagamento de fiança em ambos os processos.

A Lei n. 8.035/90 determinou que, nos crimes contra a economia popular e de sonegação fiscal, a liberdade provisória somente será concedida mediante recolhimento de fiança.

A liberdade provisória é vedada:

- nos crimes hediondos e assemelhados, salvo em caso de tortura que, apesar de inafiançável, admite a liberdade provisória;
- no art. 7.º da Lei n. 9.034/95, que trata das organizações criminosas;
- no art. 3.º da Lei n. 9.613/98, que trata da lavagem de bens e capitais.

P.: A vedação da liberdade provisória é inconstitucional?

R.: Não, pois a Constituição prevê que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem o pagamento de fiança", logo, nos casos em que a lei não admita a liberdade provisória, pode-se vedá-la.

1.4. Fiança

Fiança é a caução destinada a garantir o cumprimento das obrigações processuais por parte do réu. Sua natureza jurídica é a de caução. Pode ser prestada pelo acusado ou por terceiro em seu favor, nas modalidades de depósito ou hipoteca.

São infrações inafiançáveis, além das previstas nos arts. 323 e 324 do Código de Processo Penal:

- o crime de racismo, o crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e a ação de grupos armados civis e militares contra a ordem constitucional e o estado democrático de direito;

- a contravenção de aposta em corrida de cavalo fora do hipódromo (art. 9.º, § 2.º, da Lei n. 7.291/84);
- os crimes contra o sistema financeiro, se estiver configurada situação que autorize a prisão preventiva (art. 31 da Lei n. 7.492/86);
- os crimes contra a fauna (art. 34 da Lei n. 5.197/67).

A autoridade policial pode arbitrar a fiança nas infrações punidas com detenção e prisão simples; nos demais casos, compete ao juiz (art. 322, do CPP).

1.4.1. Obrigações do réu sob pena de quebramento da fiança

- Comparecimento a todos os atos processuais a que for intimado.
- Obrigação de comunicar ao Juízo qualquer mudança de endereço.
- Não se ausentar da Comarca por mais de 8 dias sem autorização do juiz.

A fiança é cabível desde o inquérito policial até o trânsito em julgado da sentença.

Consistirá no depósito de bens, valores, pedras preciosas, títulos da dívida pública ou na hipoteca de imóvel.

1.4.2. Valor da fiança

O valor da fiança será fixado pela autoridade, conforme o disposto no art. 325 do Código de Processo Penal (questão do concurso n. 172 da magistratura!). Será de 1 (um) a 5 (cinco) salários mínimos quando a pena privativa de liberdade for de até 2 (dois) anos; de 5 (cinco) a 20 (vinte) salários mínimos quando a pena privativa de liberdade for de, no máximo, 4 (quatro) anos; de 20 (vinte) a 100 (cem) salários mínimos quando a pena privativa de liberdade for superior a 4 (quatro) anos.

Conforme a situação econômica do réu, o valor da fiança pode ser reduzido até o máximo de dois terços ou aumentada até o décuplo (art. 325, § 1.º, incs. I e II, do CPP).

Para determinar o valor da fiança, será levado em consideração:

- natureza da infração;
- condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado;
- circunstâncias indicativas da periculosidade do agente;
- importância provável das custas do processo até o final do julgamento.

1.4.3. Reforço da fiança

Poderá ser necessário o reforço da fiança, nos casos previstos pelo art. 340 do Código de Processo Penal; não sendo reforçada, a fiança ficará sem efeito e o réu será recolhido à prisão. Será exigido o reforço quando:

- por engano, for tomada a fiança em valor insuficiente;

- houver inovação na classificação do delito;
- houver depreciação do objeto da fiança.

Se o juiz verificar que é impossível ao réu prestar fiança, por motivo de pobreza, poderá conceder-lhe a liberdade provisória, sujeitando-o ao cumprimento das obrigações, que, se não cumpridas, acarretarão a revogação do benefício, conforme o art. 350 do Código de Processo Penal. Esse dispositivo é anterior ao surgimento da possibilidade da liberdade provisória sem fiança.

As atenuantes e as agravantes não são levadas em conta para a fixação da fiança, pois não alteram o mínimo e o máximo da pena.

1.4.4. Cassação da fiança

A fiança será cassada quando se verificar, posteriormente, que não era cabível. Se a fiança foi concedia por autoridade policial, compete a juiz cassá-la; se foi concedida por juiz, será cassada por tribunal mediante recurso da acusação.

1.4.5. Quebra da fiança

Haverá quebra da fiança nos seguintes casos:

- quando o réu descumprir suas obrigações processuais;
- quando o réu estiver, mediante fiança, no gozo da liberdade provisória e praticar nova infração penal.

São conseqüências do quebramento da fiança:

- perda da metade do valor da fiança;
- obrigação de recolher-se à prisão;
- impossibilidade de concessão de nova fiança no mesmo processo.

Quando o réu deixar de recolher-se à prisão, sendo isso necessário, perderá todo o valor depositado a título de fiança.

O recurso adequado para as decisões sobre fiança será o recurso em sentido estrito (art. 581, incs. V e VII), decisão que concede, cassa, julga inidônea, decreta o seu quebramento, nega, arbitra e declara perdido o seu valor.

O Ministério Público não precisa ser ouvido para concessão de fiança; deverá, contudo, ser intimado da decisão, para interpor recurso se achar necessário.

Se o réu não for condenado, o valor da fiança lhe será restituído, deduzido eventual montante declarado perdido.

Se o réu for condenado, o valor da fiança será destinado ao pagamento das custas processuais (no Estado de São Paulo não há custas processuais no processo penal), ao pagamento de multa criminal e ainda pode ser revertido no pagamento de indenização civil *ex delicto*.

Nas infrações penais de competência do Juizado Especial Criminal, não se imporá prisão em flagrante nem se exigirá fiança, se o autor do fato for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer (art. 69, par. ún., da Lei n. 9.099/95).

1. CITAÇÃO

1.1. Conceito

A citação é o ato processual por meio do qual é oferecido ao acusado conhecimento oficial acerca do teor da acusação, abrindo-se oportunidade para que ele produza sua defesa, triangularizando-se, assim, a relação jurídico-processual. Até o momento anterior à citação, a relação era angular (autor e juiz).

É determinada pelo juiz e cumprida pelo Oficial de Justiça.

A falta de citação no processo penal causa nulidade absoluta do processo (art. 564, III e IV, do CPP), pois contraria os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Exceção: o art. 570 do Código de Processo Penal dispõe que se o réu comparece em juízo antes de consumado o ato, ainda que para argüir a ausência de citação, sana a sua falta ou a nulidade. Nesse caso, o juiz ordenará a suspensão ou o adiamento do ato.

O Código de Processo Penal tratou da citação em um título próprio, compreendendo os arts. 351 ao 372.

A citação pode ser de duas espécies:

- citação pessoal;
- citação ficta (por edital).

No processo penal não há citação ficta por hora certa. A citação ficta é somente a editalícia.

1.2. Diferença entre Citação, Intimação e Notificação

Citação é o ato processual por meio do qual se chama a juízo o réu para comparecer e defender-se.

Intimação, segundo o Prof. Mirabete, é a ciência dada à parte, no processo, da prática de um ato, despacho ou sentença.

Notificação é a convocação para o comparecimento ou a prática de ato futuro.

O Código de Processo Penal não diferencia intimação e notificação, referindo-se a uma quando deveria aludir a outra.

1.3. Quem Deve Ser Citado

Somente o acusado pode ser citado, ainda que seja menor de 21 anos ou mentalmente enfermo, a citação não poderá ser feita na pessoa do representante legal. Exceção: se já houver sido instaurado incidente de insanidade mental e a perturbação for conhecida do juízo, a citação se fará na pessoa do curador do acusado.

Se a perturbação mental ainda não for conhecida do juízo, mas o Oficial de Justiça a constata por ser aparente, deverá certificar a ocorrência no verso do mandado, a fim de que o juiz possa determinar a instauração do incidente de insanidade mental.

As pessoas jurídicas deverão ser citadas na pessoa de seu representante legal.

1.4. Conseqüências do Não-atendimento à Citação

O réu regularmente citado, pessoalmente ou por edital, mas com defensor constituído que não comparece, permanecendo inerte ao chamado, pratica a "contumácia", ausência injustificada.

O efeito da contumácia é a revelia. O processo prosseguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado, deixou de comparecer ou, no caso de mudança de endereço, não comunicou o novo endereço ao juízo (art. 367 do CPP).

Em virtude do princípio da verdade real, sobre ele não recairá a presunção de veracidade quanto aos fatos que lhe forem imputados. O réu poderá retornar ao processo a qualquer momento, independente da fase em que esteja.

1.5. Efeitos da Citação Válida

No processo penal, o único efeito da citação válida é o de completar a relação jurídica processual. Com ela se instaura o processo e passam a vigorar todos os direitos, deveres, ônus e princípios que regem o processo penal.

A citação válida no processo penal não torna prevento o juízo, não interrompe a prescrição e não induz à litispendência.

1.6. Citação Real ou Pessoal (espécies e comentários)

1.6.1. Citação pessoal

A citação pessoal é aquela realizada na própria pessoa do réu por meio de mandado citatório, carta precatória, carta rogatória, carta de ordem e requisição. Há a certeza da realização da citação.

A citação por mandado (prevista nos arts. 352 ao 357 do CPP) é cumprida por Oficial de Justiça. Destina-se à citação do réu em local certo e sabido dentro do território do juiz processante. O mandado de citação indicará o nome do juiz, do qual emanou a ordem; o nome do réu ou querelante; sua residência, se for conhecida; o fim para que é feita a citação; o juízo; o lugar, o dia e a hora em que o réu deverá comparecer; a subscrição do escrivão e a rubrica do juiz.

O Oficial de Justiça deverá ler ao citando o mandado e entregar-lhe a contrafé, na qual são mencionados dia e hora da citação, ato que o Oficial deverá declarar na certidão, bem como a aceitação ou recusa do réu.

A citação pode ser realizada em qualquer tempo, dia e hora, inclusive domingos e feriados, durante o dia ou à noite. Não se deve, todavia, proceder à citação: de doente, enquanto grave o seu estado; de noivos, nos três primeiros dias de bodas; de quem estiver assistindo ato de culto religioso; de cônjuge ou outro parente de morto (consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral, em segundo grau) no dia do falecimento e nos sete dias seguintes.

Entre a citação e o interrogatório deve haver um prazo mínimo de 24 horas.

1.6.2. Citação por requisição

A citação por requisição é destinada à citação do militar e do preso. É feita mediante ofício requisitório expedido pelo juiz ao comandante (chefe de serviço), no caso da citação do militar, ou ao diretor do estabelecimento prisional, no caso do preso, requisitando sua apresentação em juízo, no dia e hora designados, cabendo a esses e não ao Oficial de Justiça a citação.

A requisição deve conter os mesmos requisitos do mandado de citação.

Se o militar ou o preso se encontrar em outra comarca, o juiz processante expedirá carta precatória, cabendo ao juiz deprecado a expedição do ofício requisitório. Conforme a Súmula n. 351 do Supremo Tribunal Federal, se o réu estiver preso na mesma Unidade da Federação do juiz processante, será nula sua citação por edital, sendo válida, portanto, a citação por edital do réu preso em outra Unidade da Federação diversa daquela do juiz processante.

1.6.3. Citação por carta precatória

A citação por precatória destina-se à citação do réu que está em lugar certo e sabido, porém fora da jurisdição do juiz processante (art. 353 do CPP). A precatória indicará o juiz deprecante e o deprecado, suas respectivas sedes, o fim da citação e o juízo do lugar, dia e hora em que o réu deverá comparecer.

A principal característica da citação por precatória no processo penal é o seu caráter itinerante (art. 355, § 1.º, do CPP). Se o juiz deprecado verificar que o réu se encontra em território sujeito à jurisdição de um terceiro juiz, a este remeterá os autos para a efetivação da citação, desde que haja tempo.

1.6.4. Citação por carta rogatória

A citação por carta rogatória destina-se à citação do réu que se encontra em lugar certo e sabido, mas no estrangeiro ou em legações estrangeiras (embaixadas).

Anteriormente, o réu que estava no estrangeiro era citado por edital. Hoje, com a Lei n. 9.271/96, a citação é pessoal, através de rogatória. Exceção: se o Estado estrangeiro se recusar a cumprir a rogatória do Brasil, o réu será citado por edital. Nesse caso, considera-se que ele está em local inacessível (art. 363, I, do CPP).

Como o trâmite da rogatória é demorado, o Código de Processo Penal autoriza a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional até a efetivação da citação (art. 368 do CPP).

1.6.5. Citação por carta de ordem

A citação por carta de ordem tem disciplina idêntica à da citação por precatória. É expedida por um órgão superior para ser cumprida por órgão inferior. Em geral são determinadas pelos tribunais nos processos de sua competência originária. Ex.: o TJ pede para o juiz de primeira instância cumprir um mandado citatório de um réu residente em sua comarca e que goze de prerrogativa de foro.

1.6.6. Citação do funcionário público

O funcionário público será citado por mandado (*atenção:* somente são citados por requisição o preso e o militar), mas é necessária a expedição de um

ofício ao chefe da repartição onde o citando trabalha, notificando-o do dia, hora e lugar em que o funcionário deverá comparecer (art. 359 do CPP). Visa possibilitar a continuidade do serviço público, providenciando-se a substituição do funcionário. A falta da expedição desse ofício não invalida a citação. Se o citando for magistrado, deverá ser comunicado ao Presidente do Tribunal de Justiça; se for membro do Ministério Público, deverá ser comunicado ao Procurador-Geral de Justiça.

1.7. Citação por Edital ou Ficta e a Lei n. 9.271/96

A citação por edital é medida excepcional, só sendo utilizada quando frustradas as possibilidades de citação pessoal, por ser impossível localizar o réu (art. 361 do CPP).

Será feita a citação por edital nos seguintes casos:

- quando réu está em lugar incerto e não sabido ("LINS"), o prazo será de 15 dias;
- quando for incerta a pessoa do réu a ser citada, o prazo será de 30 dias (art. 363, inc. II, do CPP);
- quando o réu estiver se ocultando para não ser citado, o prazo será de 5 dias (art. 362 do CPP);
- quando o réu estiver em lugar inacessível, em virtude de epidemia, de guerra ou por outro motivo de força maior, o prazo será de 15 a 90 dias (art. 363, inc. I, do CPP).

O edital será afixado na porta do juízo e será publicado na imprensa, onde houver.

A Lei n. 9.271/96 trouxe grandes inovações para a citação editalícia. Anteriormente, se o réu citado por edital não comparecesse nem constituísse advogado, o processo tinha prosseguimento normal. Muitas vezes, o réu nem tomava conhecimento de que fora processado e condenado à revelia. A lei alterou o art. 366 do Código de Processo Penal e determinou que se o réu citado por edital não comparecer nem constituir advogado, o processo ficará suspenso e também será suspenso o prazo prescricional (*atenção:* se o réu foi citado pessoalmente e não comparecer nem constituir advogado, será decretada sua revelia).

O juiz, mesmo aplicando o art. 366 do Código de Processo Penal, se presente os motivos, poderá decretar a prisão preventiva do acusado. Poderá também determinar a produção das provas consideradas urgentes. Se o fizer, nomeará um defensor dativo.

O processo e o prazo prescricional ficarão suspensos por prazo indeterminado até que o réu seja encontrado. Como a Lei n. 9.271/96 não estabeleceu um limite máximo para a suspensão do prazo prescricional, poderia ser criado no caso concreto um crime imprescritível. Somente a CF pode, no entanto, prever crimes imprescritíveis (que são o racismo e a ação de grupos armados civis ou militares contra o Estado Democrático de Direito e a Ordem Constitucional – art. 5.º, incs. XLII e XLIV).

Para compatibilizar a Lei n. 9.271/96 com a Constituição Federal, a doutrina concluiu que o juiz deverá, nos processos em que aplicar o art. 366 do Código de Processo Penal, estabelecer um prazo máximo para a suspensão da prescrição, que deverá corresponder ao prazo da prescrição da pretensão punitiva em abstrato, conforme a tabela do art. 109 do Código Penal. Essa

posição é a predominante na jurisprudência e tem como um de seus expoentes o Prof. Damásio de Jesus.

Essa regra do art. 366 do Código de Processo Penal é híbrida, isto é, tem dispositivos de direito processual (quando trata da suspensão do processo) e dispositivos de direito penal (quando trata da suspensão do prazo prescricional). Em normas híbridas, a parte que trata de direito material comanda a retroatividade ou não da norma, pois afeta o direito do Estado de punir. Nesse caso, como a norma estabelece uma situação pior para o réu, ela não se aplica aos processos existentes antes de sua publicação, pela proibição da *reformatio in pejus.*

Da decisão que aplica o art. 366 do Código de Processo Penal cabe recurso em sentido estrito por analogia ao art. 581, inc. XVI, do Código de Processo Penal. Há acórdãos entendendo que interposta a apelação, essa poderá ser recebida em razão do princípio da fungibilidade.

1.8. Intimação

Intimação é o conhecimento dado à parte de um ato já praticado no processo.

Conforme o art. 370 do Código de Processo Penal, nas intimações dos acusados, testemunhas e demais pessoas que devam tomar conhecimento de qualquer ato, serão observadas as regras previstas para as citações. A intimação também pode ser feita pelo escrivão – o que não é permitido nas citações – por despacho em petição que servirá de mandado, por termos nos autos, pela publicação no órgão oficial e pelo correio.

As intimações judiciais são duplas, ou seja, é necessária a citação do réu e de seu defensor dativo ou constituído, permitindo-se a intimação dos advogados pela imprensa oficial.

A intimação do defensor nomeado, do réu, das testemunhas e do Ministério Público será pessoal (art. 370, § 4.º, do CPP).

As intimações poderão ser realizadas no curso das férias forenses, pois os prazos correm da data da intimação. Conforme a Súmula n. 310 do Supremo Tribunal Federal, quando a intimação tiver lugar na sexta-feira ou a publicação com efeito de intimação for feita nesse dia, o prazo judicial terá início na segunda-feira imediata, salvo se não houver expediente, caso em que começará no primeiro dia útil que se seguir.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

1. SENTENÇA

1.1. Conceito

Sentença em sentido estrito é a decisão que julga o mérito da causa.

1.2. Classificação das Decisões em Processo Penal

As decisões em processo penal classificam-se em:

a) *Despachos*: são os atos judiciais sem carga decisória, incapazes de trazer prejuízo às partes e que determinam a marcha do processo. Os despachos, em regra, são irrecorríveis; excepcionalmente admite-se correição parcial ou mesmo *habeas corpus*.

b) *Decisões interlocutórias*:

- *simples*: resolvem questões incidentes no processo sem ingressar no mérito da causa, como, por exemplo, concessão de liberdade provisória e relaxamento da prisão em flagrante. As decisões interlocutórias simples são, via de regra, irrecorríveis; porém, se houver previsão no art. 581 do Código de Processo Penal, caberá recurso em sentido estrito.

- *mistas*:

  - não-terminativas: encerram uma fase, uma etapa processual, sem pôr fim ao processo. Ex.: decisão de pronúncia.

  - terminativas: encerram o processo sem julgamento do mérito. Ex.: decisão de impronúncia.

As decisões interlocutórias mistas (assim como as sentenças terminativas de mérito) são recorríveis. É cabível o recurso em sentido estrito se estiver previsto no rol do art. 581 do Código de Processo Penal, ou apelação, caso prevista no art. 593 do Código de Processo Penal.

c) *Sentenças*:

- *terminativa de mérito*: é a decisão que julga o mérito sem condenar ou absolver o réu, como, por exemplo, extinção da punibilidade. É recorrível via recurso em sentido estrito, ou apelação;

- *absolutória*:

  - própria: julga improcedente a pretensão punitiva e não impõe qualquer sanção penal;

  - imprópria: proferida para o réu inimputável, não acolhe a pretensão punitiva, mas reconhece o cometimento da infração penal e impõe medida de segurança (art. 386, par. ún., inc. III).

O juiz, ao absolver o réu, deverá mencionar na parte dispositiva a causa, reconhecendo (art. 386 do CPP):

- a inexistência do fato;
- a ausência de prova da existência do fato;
- o fato não constituir infração penal (ser atípico);
- não haver prova do réu ter concorrido para a infração penal;
- existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena;
- não existir prova suficiente para a condenação.

- *condenatória:* julga procedente no todo, ou em parte, a pretensão punitiva.

As sentenças absolutórias e as condenatórias são apeláveis. Exceção ao recurso cabível contra a absolvição sumária do Tribunal do Júri é o em sentido estrito.

Quanto ao sujeito, as sentenças podem ser:

- *subjetivamente simples*: sentença proferida por órgão monocrático, juiz de primeiro grau;
- *subjetivamente plúrima*: sentença proferida por órgão colegiado homogêneo, tribunais;
- *subjetivamente complexa*: sentença proferida por mais de um órgão, como o Tribunal do Júri, que decide o crime e a autoria, e o juiz, que decide a pena a ser aplicada.

Chama-se *sentença suicida* aquela cuja fundamentação conflita com o dispositivo.

1.3. Requisitos da Sentença

a) *Requisitos intrínsecos:*

- *relatório*: deve conter o nome e a qualificação das partes, a exposição sucinta da acusação e da defesa e o resumo dos atos incidentes processuais. É a maneira de se comprovar que o juiz examinou o processo e tem conhecimento de seu conteúdo. O relatório é imprescindível, pois assegura o contraditório. Sua falta acarreta a nulidade absoluta da sentença. A exceção encontra-se na Lei n. 9.099/95, que admite sentença proferida sem relatório.

- *fundamentação*: é uma obrigação constitucional a fundamentação das decisões (art. 93, inc. IX, da CF). A fundamentação da sentença relaciona-se com o princípio da apreciação da prova (livre convencimento motivado, ou a persuasão racional do juiz). A fundamentação garante a atuação equilibrada e imparcial do juiz, controla a legalidade das decisões e garante que os argumentos da partes foram examinados. A sentença sem fundamentação é nula, salvo a do Tribunal do Júri – o veredicto é absolutamente sigiloso não podendo ser fundamentado.

Fundamentação *per relatione* ocorre quando o julgador, em sua decisão, adota como razões de decidir a fundamentação utilizada em manifestação anterior no processo. Ex.: quando o Tribunal adota a fundamentação do juiz de

primeiro grau. Alguns doutrinadores criticam essa possibilidade, afirmando que nesse caso é como se não houvesse fundamentação. O Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência, no entanto, aceitam essa prática. O julgador pode utilizar as razões do Ministério Público se este atuou como *custos legis*.

- *dispositivo*: contém a substância da sentença, o julgamento da pretensão punitiva. Extrai-se do dispositivo os limites objetivos da coisa julgada.

A pretensão punitiva pode ser julgada procedente no todo ou em parte (condenatória), ou improcedente (absolutória). Mesmo a pretensão punitiva sendo julgada improcedente, muitas vezes verifica-se o interesse recursal, como no caso da absolvição imprópria em que se impõe medida de segurança ou no caso da absolvição própria para evitar uma ação civil *ex delicto* (quando não fundamentada nos incs. I, IV e V do art. 386 do CPP).

A sentença sem dispositivo é inexistente. Também é inexistente a sentença elaborada por juiz sem jurisdição (em férias, licenciado, afastado, aposentado).

b) *Requisitos extrínsecos:* são a publicação e a intimação da sentença.

A publicação da sentença é uma formalidade de suma importância; enquanto não for publicada, a sentença não pode ser considerada como um ato processual. A publicação da sentença ocorre:

- com a entrega da sentença ao escrivão do cartório;

- quando proferida em audiência como no Tribunal do Júri, no momento de sua leitura.

A sentença penal tem o efeito de interromper a prescrição, o que ocorre na data da sua publicação.

Após a publicação da sentença, segue-se a intimação das partes.

A intimação do Ministério Público e do defensor dativo é pessoal.

A intimação do querelante e do assistente de acusação é feita pessoalmente ou na pessoa do advogado. Se nenhum deles for encontrado no lugar da sede do Juízo, a intimação acontecerá por edital com prazo de 10 dias (art. 391 do CPP).

A intimação da sentença deverá ser feita pessoalmente ao réu e seu defensor. Se não forem encontrados, serão intimados por edital.

A regra trazida no art. 370, §§ 1.º e 2.º, do Código de Processo Penal (intimação do defensor constituído pela imprensa) não é verificada para a sentença, que possui disposição específica no art. 392 do Código de Processo Penal.

A fluência do prazo recursal se inicia a partir da última intimação (do réu ou de seu defensor), ou, se por carta precatória, da juntada da carta cumprida aos autos. O prazo do edital será de 90 dias se a pena privativa de liberdade imposta for igual ou superior a um ano, e de 60 dias nos demais casos. O prazo da apelação correrá após o término do prazo fixado no edital.

1.4. Princípio da Correlação

Exige que, entre a sentença e o pedido, haja uma correlação, não admitindo decisões de modo diverso, além ou aquém (*extra*, *ultra* ou *citra petita*) do que consta na denúncia ou queixa.

Trata-se de uma garantia fundamental da defesa, que oferece resistência àquilo que foi descrito na peça inicial.

Tal princípio decorre da inércia da jurisdição, que limita o julgador aos termos da provocação. Se desbordar essa restrição, o juiz estará violando a imparcialidade.

1.5. *Emendatio Libelli* e *Mutatio Libelli*

A *emendatio libelli,* prevista no art. 383 do Código de Processo Penal, ocorre quando a denúncia ou a queixa descreve perfeitamente o fato concreto de determinado crime, mas dá a ele classificação jurídica diversa. Ex.: a denúncia narra um furto mas classifica o delito como roubo. O juiz, então, na sentença, pode "emendar" a denúncia ou queixa, dando ao fato definição jurídica diversa da que consta na exordial, mesmo que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave. Não ofende a ampla defesa do réu, que se defende dos fatos e não da classificação jurídica do delito.

A *mutatio libelli*, art. 384 do Código de Processo Penal, ocorre quando o juiz, na sentença, reconhece a possibilidade de dar ao fato descrito na inicial nova caracterização – não se trata de classificação jurídica diversa, mas sim de modificação (*mutatio*) dos fatos narrados na acusação, em virtude de:

- provas produzidas nos autos;

- circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente na denúncia ou na queixa (exs.: qualificadoras, causas de aumento e diminuição, agravantes e atenuantes).

A nova classificação do fato pode ensejar uma pena menor, igual ou maior que a anteriormente prevista.

Se a pena for menor ou idêntica à anterior deve-se observar o disposto no art. 384, *caput*, do Código de Processo Penal. O juiz deve baixar os autos para a manifestação da defesa, que no prazo de 3 dias deverá produzir provas, podendo arrolar até 8 testemunhas.

Se a pena for maior que a anterior, deve ser observado o art. 384, par. ún., do Código de Processo Penal. O juiz deve baixar os autos para o Ministério Público aditar a denúncia no prazo de 3 dias (usa-se por analogia o prazo do art. 46, § 2.º, do CPP). Em seguida, abre-se o prazo de 3 dias para a defesa se manifestar, arrolar até 3 testemunhas, e requerer a produção de provas.

No art. 384, *caput*, do Código de Processo Penal, o prazo da defesa é maior porque impõe a produção da prova; no parágrafo único, o prazo é menor porque serve apenas para a parte requerer a produção das provas.

1.5.1. Observações sobre a mutatio libelli

- Se o promotor perceber que é caso de aditamento, pode aditar a qualquer momento, não precisando esperar o juiz se manifestar na sentença.

- O juiz, ao baixar os autos para o Ministério Público aditar a denúncia e a defesa se manifestar, deve ser cauteloso para não antecipar o julgamento. Ex.: não pode afirmar "não foi furto, foi roubo". O juiz também não pode ser lacônico a ponto de não indicar às partes a razão pela qual aplica o art. 384, par. ún., do Código de Processo Penal, devendo, por exemplo, dizer: "... baixem-se os autos nos termos do art. 384, par. ún., do CPP, em virtude das declarações prestadas a fls..."

- Se o Ministério Público recusa-se a aditar a denúncia, deve ser usado por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal (que determina a remessa dos autos ao Procurador-Geral).

P.: O art. 384, par. ún., do Código de Processo Penal aplica-se também à ação penal privada?

R.: O art. 384, *caput*, do Código de Processo Penal é aplicável à ação penal privada. O parágrafo único do Código de Processo Penal aplica-se à queixa na ação penal privada subsidiária da pública; quanto à ação penal privada propriamente dita, a doutrina diverge:

- Sim, aplica-se por analogia, já que o processo penal permite a utilização da analogia (Prof. Tourinho).

- Não, não se aplica porque a lei exclui essa possibilidade. Não foi esquecimento do legislador, foi omissão proposital. Se fosse possível a aplicação do parágrafo único do art. 384 do Código de Processo Penal à ação penal privada, estar-se-ia admitindo a possibilidade de o juiz obrigar o querelante a aditar a queixa, ampliando a acusação, o que seria incompatível com o princípio da disponibilidade da ação

penal privada. O juiz não pode obrigar o ofendido a iniciar a ação, nem a aditar a queixa. O querelante, por iniciativa própria, pode fazê-lo, mas não pela aplicação do art. 384, par. ún., do Código de Processo Penal.

Se durante a instrução descobre-se que o autor praticou outros crimes, além do descrito no processo, ou que mais pessoas concorreram para a prática do delito, não se aplica o art. 384 do Código de Processo Penal; será preciso nova acusação, que pode ser feita:

- com o oferecimento de nova denúncia;
- com o aditamento da denúncia, realizando-se nova citação, interrogatório, defesa prévia, audiência de instrução, diligências, alegações finais e sentença.

1.5.2. Súmulas

- Súmula n. 453 do Supremo Tribunal Federal: proíbe a aplicação do art. 384, *caput,* e parágrafo único do Código de Processo Penal, em segunda instância. Visa garantir o duplo grau de jurisdição. Se o Tribunal reconhecesse e condenasse pelo outro delito, estaria suprimindo o primeiro grau de jurisdição.
- Súmula n. 160 do Supremo Tribunal Federal: o Tribunal não pode reconhecer de ofício, em prejuízo da defesa, nulidade não argüida no recurso da acusação, mesmo que seja nulidade absoluta. Ex.: processa-se por furto e, durante a instrução, apura-se que o delito

cometido foi roubo. O Tribunal percebe que era caso da aplicação do art. 384 do Código de Processo Penal, mas, como ninguém argüiu:

- não pode manter a condenação por furto;
- não pode condenar por roubo, pois violaria o princípio da correlação;
- não pode aplicar o art. 384 do Código de Processo Penal, pois violaria o duplo grau de jurisdição;
- não pode anular a sentença porque não pode reconhecer de ofício nulidade prejudicial à defesa que não foi argüida pela acusação.

O Tribunal, então, deverá absolver o réu, instaurando-se novo processo para o crime de roubo, se esse ainda não prescreveu.

Se, por exemplo, o réu foi processado por dano simples (ação penal privada) e durante a instrução verifica-se que o bem não era particular, e sim público o dano torna-se qualificado e a ação penal pública incondicionada. Pela modificação da natureza da ação penal, o processo não deveria ter sido instaurado por queixa, mas sim por denúncia. A solução é anular a ação penal desde o início pela ilegitimidade *ad causae.*

1.6. Efeitos da Sentença

Os efeitos da sentença variam conforme sua natureza.

1.6.1. Sentença absolutória (art. 386, par. ún., do CPP)

- Será o réu posto em liberdade, se for o caso.
- As penas acessórias provisoriamente aplicadas serão cessadas.
- Se cabível, será aplicada medida de segurança.

1.6.2. Sentença condenatória (art. 393 do CPP)

- Ser o réu preso ou conservado na prisão nas infrações inafiançáveis, ou nas afiançáveis enquanto não prestar fiança.
- Ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

São também efeitos da sentença condenatória os previstos nos arts. 91 e 92 do Código Penal.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

1. DO PROCESSO E DO PROCEDIMENTO

Processo é o conjunto dos atos processuais interligados pelo vínculo da relação jurídica processual.

Procedimento é a uma seqüência de atos processuais, com ordem lógica, dirigida à prolação da sentença.

O CPP divide o processo em:

- Comum – constituído de regras gerais aplicáveis sempre que não houver disposição em contrário, abarca os procedimentos ordinário e sumário.
- Especial –aquele que se afasta do procedimento comum, engloba o procedimento nos crimes funcionais, falimentares, contra honra, contra a propriedade imaterial, o procedimento do Júri, procedimentos previstos nas leis de abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65), Lei de Economia Popular (Lei n. 1.521/51), Lei de Tóxicos (Lei n. 6.368/76) e Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67).

Obs.: para parte da doutrina, que diverge da classificação do CPP, o procedimento do Júri é comum, e o procedimento sumário é especial.

1.1. Procedimento Ordinário

O procedimento ordinário é cabível para todos os crimes punidos com reclusão, ressalvadas as hipóteses de procedimento especial.

Visão geral:

- Recebimento da denúncia ou queixa.
- Citação do réu.
- Interrogatório do réu.
- Defesa prévia (prazo de 3 dias).
- Audiência de oitiva das testemunhas de acusação.
- Audiência de oitiva das testemunhas de defesa.
- Diligências (art.499 do CPP– prazo de 24 horas).
- Alegações finais (art. 500 do CPP – prazo de 3 dias).
- Sentença (prazo impróprio de 10 dias).

1.1.1. Recebimento da denúncia ou queixa

No recebimento da denúncia ou queixa, o Juiz deve verificar se estão presentes os requisitos (art. 41, do CPP):

- exposição do fato criminoso;
- qualificação do acusado;
- classificação do crime;

- rol de testemunhas.

O momento para a acusação arrolar as testemunhas é a denúncia, com o número máximo de oito. As que excederem esse número poderão ser ouvidas como testemunhas do Juízo, a critério do Juiz.

O Juiz não fundamenta o recebimento da denúncia ou da queixa, pois não há carga decisória nesse ato. Além disso, se fundamentasse, correria o risco de antecipar o julgamento.

Em algumas hipóteses, entretanto, é necessária a fundamentação. Conforme a Súmula n. 564 do STF, o despacho que recebe a denúncia nos crimes falimentares e nos crimes de competência originária dos Tribunais exige fundamentação. Nesses procedimentos se estabelece um contraditório prévio ao recebimento da exordial, permitindo a lei que a ação penal seja julgada improcedente no despacho liminar (na fase do recebimento).

O recebimento da denúncia ou queixa não enseja a interposição de qualquer recurso. Ao contrário, se o Juiz rejeitar essas peças, cabe a interposição de recurso em sentido estrito conforme art. 581, inc. I, do CPP. No caso de não existir justa causa para a ação penal, é cabível o *habeas corpus*.

A Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67), no entanto, prevê que do recebimento da denúncia ou da queixa cabe o recurso em sentido estrito. Do despacho que rejeita a denúncia cabe apelação no prazo de 5 dias. A Lei 9.099/95 prevê que do despacho que rejeita a denúncia cabe apelação no prazo de 10 dias.

A denúncia será rejeitada parcialmente se ao réu for imputado mais de um crime e o Juiz receber a denúncia apenas com relação a um deles.

1.1.2. Citação

A citação do militar e do preso é feita por requisição. O funcionário público é citado por mandado com expedição de ofício notificando o chefe da repartição. O réu que não for encontrado para ser citado pessoalmente será citado por edital, suspendendo o processo e o curso da prescrição (art. 366, do CPP).

(Obs: sobre o tema *citação* rever o Módulo XVI)

1.1.3. Interrogatório

A principal característica do interrogatório é a judicialidade– o ato é privativo do Juiz. Admite-se a realização do interrogatório por carta precatória, conforme provimento do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo. Tratando-se de réu preso, o interrogatório deve realizar-se em 8 dias. Se o réu não comparecer ao ato, será considerado revel. A ele o Juiz nomeará defensor dativo, bem como ao réu que comparecer mas não indicar advogado.

O efeito da revelia é a não intimação do réu para os demais atos do processo.

Não há contraditório nesse ato. Terminado o interrogatório, abre-se o tríduo para defesa prévia.

1.1.4. Defesa prévia

Na defesa prévia não há o ônus da impugnação específica como no Processo Civil. O prazo é de 3 dias. Nesse ato deverão ser arroladas as testemunhas de defesa, no máximo 8 para cada fato criminoso e para cada réu, e ser requeridas as diligências necessárias. O defensor público goza da prerrogativa do prazo em dobro. Em razão do princípio da ampla defesa, se a defesa prévia não for apresentada no prazo, a jurisprudência por complacência, aceita a apresentação posterior.

Início do prazo da defesa prévia:

- réu sem advogado: a partir da notificação da nomeação de um advogado dativo;
- réu que se apresenta com advogado: a partir do interrogatório, se o advogado dele participou;
- réu com advogado que não participou do interrogatório: a partir da intimação do defensor para a apresentação da defesa prévia (intimação pela imprensa).

A defesa prévia tem por finalidade:

- arrolar testemunhas de defesa;
- requerer diligências;
- formular pedidos;
- juntar documentos (de acordo com o art. 400 do CPP, é possível juntar documentos em qualquer fase do processo).

A defesa prévia é o último momento para:

- arguir exceção de suspeição;
- arguir exceção de incompetência relativa.

A defesa prévia é peça de apresentação facultativa. Mas, se não for apresentada por falta de oportunidade, há nulidade absoluta.

1.1.5. Audiência de oitiva de testemunhas

A ordem de oitiva das testemunhas é a seguinte:

- testemunhas de acusação;
- testemunhas de defesa.

A inversão dessa seqüência gera nulidade se ficar demonstrado o prejuízo para a parte – a nulidade é relativa, depende da demonstração do prejuízo.

As testemunhas que se encontram fora da comarca serão inquiridas por carta precatória. A precatória não suspende o processo e é estabelecido prazo para o seu cumprimento.

A Súmula n. 155 do STF determina que causa nulidade relativa a não intimação das partes acerca da expedição da carta precatória. Basta que o Juiz comunique às partes a expedição da carta, não precisa comunicar a data marcada para a oitiva da testemunha; à parte incumbe acompanhar seu trâmite.

Se a testemunha, em seu depoimento, refere-se a uma terceira pessoa, essa pode ser ouvida como testemunha do Juízo (testemunha referida).

Podem ser ouvidas todas as testemunhas na mesma audiência, desde que respeitada a ordem de oitiva, primeiro acusação, depois defesa.

As testemunhas não encontradas podem ser substituídas no prazo de 3 dias.

1.1.6. Diligências

O art. 499 do CPP impõe o prazo de 24 horas para que a acusação e depois a defesa requeiram as diligências. As partes podem nessa fase reiterar o pedido de diligência não realizada ou não concedida.

O assistente do Ministério Público pode manifestar-se, nessa fase, após a manifestação do promotor.

O CPP determina que o prazo do art. 499 corre para a defesa em cartório, independente de intimação. A jurisprudência, todavia, não aplica essa regra por considerar que viola o princípio do contraditório, da ampla defesa e da isonomia entre as partes.

1.1.7. Alegações finais

O prazo para a apresentação das alegações finais é de 3 dias – art. 500 do CPP. (Atenção! Não confundir com as alegações do Júri, cujo prazo é de 5 dias, art. 406 do CPP)

A ordem para apresentação das alegações finais é: primeiro a acusação, depois a defesa.

A apresentação das alegações finais é obrigatória para o Ministério Público, em razão do princípio da indisponibilidade da ação penal pública. Mas o promotor não é obrigado a pedir a condenação do réu, porque tem independência funcional e age conforme sua convicção. Se o promotor não apresenta as alegações finais, o Juiz utiliza o art. 28 do CPP por analogia – remete os autos ao Procurador Geral para que apresente ou designe outro promotor para apresentar a peça.

O querelante não é obrigado a apresentar alegações finais, mas sua não interposição traz consequências:

- se a ação penal é privada, ocorre a perempção;
- se a ação penal é privada subsidiária da pública, o Ministério Público reassume a titularidade da ação.

A apresentação das alegações finais pela defesa é obrigatória, salvo no procedimento do Júri. Para não ocorrer nulidade processual é preciso que seja dada a oportunidade de apresentação da peça (princípio do contraditório e da ampla defesa). O Juiz deve intimar, ainda que pessoalmente, o defensor e o réu para se manifestarem sobre a ausência das alegações. Se a defesa é omissa, o Juiz nomeia defensor dativo para suprir sua falta.

Nas alegações finais devem ser argüidas as nulidades relativas; é o último momento para essa argüição, sob pena de sanar o vício, conforme o art. 571 do CPP. (Obs: esse artigo é de alta incidência nos concurso do Ministério Público)

A inversão da ordem de apresentação das alegações finais gera a nulidade absoluta, por violar o princípio do contraditório.

1.1.8. Sentença

É o ato processual pelo qual o Juiz põe fim ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.

(Rever o Módulo XVII)

O prazo para a sentença é de 10 dias, mas é prazo impróprio. O Juiz pode, antes da sentença, determinar diligências adicionais.

1.1.9. Prazos

Como regra, o prazo do procedimento ordinário é de 81 dias, compreendendo o período que vai do inquérito policial até o encerramento da prova de acusação. No caso do réu preso, os prazos não podem ser excedidos sob pena de constrangimento ilegal, possibilitando a impetração do *habeas corpus*. Não se considera excesso de prazo se houver justo motivo. Ex: pluralidade de réus, exame de insanidade mental, retardamento causado pela própria defesa (Súmula n. 64 do STJ).

2. PROCEDIMENTO SUMÁRIO

O procedimento sumário previsto nos arts. 531 e ss. do CPP aplica-se a todos os crimes apenados com detenção, excluindo-se aqueles que possuem procedimento especial e as infrações penais de menor potencial ofensivo.

O procedimento sumário é idêntico ao procedimento ordinário até a audiência de oitiva das testemunhas de acusação (recebimento da denúncia ou queixa, citação, interrogatório, defesa prévia, audiência de oitiva das testemunhas de acusação).

Após essa audiência, o Juiz profere um *despacho saneador*, em que verifica se há nulidade a ser sanada e diligência importante a ser realizada, designando em seguida data para audiência de instrução, debates e julgamento. Esse despacho não tem caráter de decisão interlocutória.

Na audiência de instrução são ouvidas as testemunhas de defesa, há debates orais (cada parte tem 20 minutos, prorrogáveis por mais 10) e julgamento.

Os debates podem ser substituídos por memoriais, sendo a sentença prolatada em 5 dias (prazo impróprio); havendo debates orais, a sentença será proferida em audiência.

O número de testemunhas para o procedimento sumário é de no máximo cinco.

3. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS (Lei n. 9099/95)

Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais foram instituídos pela Lei n. 9.099/95. Contrariando os princípios da indisponibilidade e da obrigatoriedade que norteiam a ação penal pública, essa lei introduziu ao sistema penal o princípio da oportunidade ou da conveniência para o início ou prosseguimento da ação penal, com propostas de suspensão do processo, composição dos danos e penas alternativas.

O processo perante o Juizado Especial orienta-se também pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, visando sempre à reparação dos danos sofridos e à aplicação de pena não privativa de liberdade.

Uma importante alteração trazida pela lei foi a de que as ações penais, nos crimes de lesão corporal leve e culposa, passam a depender de representação no prazo decadencial de 6 meses.

A Lei n. 9.099/95 traz normas mistas ou híbridas, que possuem ao mesmo tempo natureza processual e material. Nesses casos deve prevalecer o cunho penal da norma, retroagindo quando mais favorável ao acusado. São normas mistas :

- renúncia tácita ao direito de queixa ou representação, na hipótese de composição dos danos civis (quando a ação penal for pública condicionada à representação, ou privada);
- proposta de pena restritiva de direitos ou multa, feita pelo Ministério Público (transação penal);

- proposta de suspensão condicional do processo, quando do oferecimento da denúncia;
- representação nos crimes de lesão corporal leve e culposa.

O art. 90 da Lei dos Juizados Especiais traz a seguinte redação: "As disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada."

Ocorre, porém, que na lei encontram-se algumas disposições penais benéficas, e o art. 5.º, inc. XL, da CF, prevê: "A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu." Verifica-se que o art. 90, da Lei n. 9099/95, viola o referido preceito constitucional.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil intentou Ação Direta de Inconstitucionalidade (n. 1719) e o Supremo Tribunal Federal, interpretando o art. 90 da Lei dos Juizados conforme a Constituição, definiu o alcance da expressão "disposições" contida na norma. As "disposições" da lei que não se aplicam aos processos penais com instrução iniciada são as normas materiais que agravam a situação do réu e as normas processuais. Os dispositivos benéficos contidos no sistema dos Juizados Especiais devem ser aplicados aos processos cuja instrução já estiver iniciada – por força do art. 5.º, inc. XL, da CF.

Ao Juizado Especial Criminal compete processar e julgar os crimes e contravenções cujas penas máximas não excedam 1 ano – são os denominados *crimes de menor potencial ofensivo* –, exceto aqueles que tenham procedimento especial.

Para fixar o foro competente, utiliza-se a teoria da atividade, é competente o Juizado do local da execução do ato criminoso (art. 63 da Lei n. 9099/95). Para alguns doutrinadores, o foro competente é o do local da consumação. A divergência não tem relevância tendo em vista tratar-se de competência territorial, que, por ser relativa, não acarreta nulidade.

Afasta-se a competência do Juizado Especial quando não obtida a citação pessoal do réu (porque a Lei n. 9.099/95 não prevê a citação por edital) e quando a complexidade ou as circunstâncias do caso indicarem a necessidade de deslocamento da causa à Justiça Comum.

Não há inquérito policial nesse procedimento: a autoridade policial lavra apenas um *termo circunstanciado* e encaminha ao Juizado o autor do fato e a vítima. Se o autor do fato for imediatamente encaminhado ao Juizado, ou prestar o compromisso de a ele comparecer, não será imposta prisão em flagrante, nem se exigirá fiança (art. 69, par. ún., da Lei n. 9.099/95).

3.1. Procedimento

3.1.1. Audiência preliminar

- Se o autor da infração e a vítima foram encaminhados de imediato, junto com o termo circunstanciado, ao Juizado:

  - realiza-se a audiência preliminar;

  - se, por qualquer razão, não for possível a realização da audiência, designa-se data, da qual saem cientes as partes.

- Se o autor do delito não for encaminhado junto com o termo circunstanciado à Secretaria do Juizado (cartório), ao recebê-lo, o Juiz designará data para audiência preliminar e mandará intimar as partes.

O art. 68 da lei diz que na intimação do autor do delito deve constar a necessidade de comparecimento com advogado, com a advertência de, na falta desse, ser nomeado dativo.

No dia designado, devem estar presentes (art. 72):

- o representante do Ministério Público;
- o autor do fato e a vítima – se menores, acompanhados de seus responsáveis;
- o juiz;
- os advogados das partes.

As fases na audiência preliminar dependem da ação penal prevista para o delito cometido.

a) Se o crime for de *ação privada* (p. ex., dano simples).

- Tentativa de composição civil dos danos.

- Se vítima e autor do delito chegarem a um acordo, esse é submetido à homologação do juiz – que pode não homologar se o entender desfavorável à vítima.

Homologado o acordo, automaticamente ocorrerá renúncia ao direito de queixa e extinção da punibilidade – art. 74, par. ún..

Se o autor da infração não honrar sua parte no acordo, o procedimento criminal *não* pode ser reaberto (porque houve extinção da punibilidade), restando à vítima execução civil do acordo homologado (que é título executivo judicial, art. 584, inc. III, do CPC).

- Se infrutífera a composição civil, a advogado da vítima oferecerá queixa imediatamente de forma oral ou, se preferir, poderá apresentá-la por escrito em momento posterior – desde que dentro de prazo decadencial.

Pelo texto legal, não cabe transação na ação penal privada, entretanto, a jurisprudência vem admitindo essa possibilidade.

O art. 104, par. ún., do CP, dispõe que a reparação civil do dano não obsta a ação penal, mas no Juizado é diferente; havendo acordo, a conseqüência automática é a renúncia ao direito de queixa.

b) Se o crime for de ação pública condicionada à representação.

- Tentativa de composição civil.

  - Se infrutífera, implica renúncia ao direito de representação e extingue a punibilidade.

É hipótese de renúncia (instituto exclusivo da ação privada) aplicável na ação penal pública.

- Se infrutífera, a vítima pode oferecer representação oral, reduzida a termo, ou posteriormente, dentro do prazo decadencial.

- Oferecida a representação na audiência, o Ministério Público deve analisar as provas existentes no termo circunstanciado:

  - se não há indícios suficientes, o promotor deve requerer o arquivamento do feito;

  - se o promotor entender que há necessidade de novas diligências para complementação da prova (art. 77, § 2.º), requererá o envio dos autos à Justiça comum para requisição de inquérito policial;

  - se o promotor verificar que existem provas para o oferecimento da denúncia, antes de fazê-lo analisará se é possível a transação penal.

- Presentes os requisitos da transação, o Ministério Público deve fazer a proposta de aplicação de pena de multa ou restritiva de direitos (especificando seu valor ou a espécie de restritiva).

- se o autor da infração aceitar a proposta, será submetida à homologação do juiz.

P.: Pode o juiz alterar o acordo feito entre as partes ?

R.: Como regra, não. Exceção: quando em abstrato for prevista apenas multa para aquela infração penal, o juiz pode reduzir o valor pela metade (art. 76, § 1.º).

Homologado o acordo, será aplicada a pena avençada. Se o juiz não homologar a transação por entender ser caso de denúncia, a lei é omissa, aplica-se por analogia o art. 28 do CPP.

- Se o autor da infração não aceita a proposta do Ministério Público, é oferecida denúncia oral, reduzida a termo – não pode ser apresentada por escrito porque a lei não a prevê como queixa.

P.: Em que hipóteses é oferecida a denúncia ?

R.: Quando não estão presentes os requisitos para transação; quando o autor do delito recusa a proposta de transação; quando o autor da infração, intimado para audiência preliminar, não comparece nem justifica sua ausência.

O fato de o autor da infração ter aceitado a transação não implica reconhecimento de culpa, portanto, se a vítima quiser ser indenizada, precisará ingressar com ação de conhecimento na esfera civil.

A transação não retira a primariedade do autor do delito e não constará de certidões para serem utilizadas extrajudicialmente.

Requisitos para transação (art. 76, § 2.º):

- que o autor da infração não tenha sido condenado pela prática de crime à pena privativa de liberdade (portanto, em caso de contravenção, qualquer que seja a pena, cabe transação se preenchidos também os demais requisitos);
- que o acusado não tenha sido beneficiado por outra transação penal, no prazo de 5 anos;
- requisitos subjetivos: personalidade do agente, conduta social etc., suficientes à adoção da medida.

c) Se o crime for de *ação pública incondicionada*.

- Tentativa de composição civil, mesmo sendo ação pública incondicionada, porque vale como título judicial evitando a discussão no cível.

Havendo homologação ou não, passa-se para fase de transação, porque, por ser ação pública incondicionada, mesmo havendo acordo, a punibilidade não se extingue.

3.1.2. Disposições comuns

Se o agente estava presente na audiência, recebe uma cópia da denúncia de queixa e com isso estará *citado*, com ciência de que deve comparecer à próxima audiência com advogado, sob pena de ser-lhe nomeado dativo.

P.: É possível a citação do acusado antes do recebimento da denúncia de queixa?

R.: Sim, no Juizado Especial.

Se o acusado não estava presente na audiência preliminar, será citado por mandado, na forma da legislação comum.

Se não for encontrado para citação pessoal, os autos serão remetidos para a Justiça Comum para citação por edital, que não é prevista pela Lei dos Juizados.

3.1.3. Audiência de instrução, debates e julgamento

Se o autor da infração não compareceu à audiência preliminar e comparece nessa, devem ser observadas as regras da audiência preliminar (composição cível, transação), com todas as suas conseqüências.

Fora dessa hipótese:

- é dada a palavra ao advogado do réu para, oralmente, sustentar a rejeição da denúncia ou queixa;
- o Juiz recebe ou rejeita a denúncia ou queixa;
- oitiva da vítima;

- oitiva das testemunhas da acusação, arroladas na denúncia;
- oitiva das testemunhas da defesa, que o réu levará à audiência independente de intimação ou das quais apresentará rol em cartório, com 5 dias de antecedência, para serem intimadas. O número máximo de testemunhas é 3, conforme dispõe a parte civil da lei. Alguns doutrinadores entendem ser 5, de acordo com o procedimento sumário; outros, 8, utilizando analogia com o procedimento comum ordinário;
- interrogatório do réu;
- debates orais, 20 minutos, prorrogáveis por mais 10;
- sentença.

3.1.4. Recursos

Os recursos são julgados por Turmas Recursais compostas por Juízes de 1.º grau, a forma estabelecida na legislação estadual.

A lei só trata da apelação e dos embargos de declaração, mas não é por isso que só cabem esses dois recursos, os demais também são aplicados (recurso em sentido estrito, recurso especial, mandado de segurança, *habeas corpus* etc.) A lei apenas os citou para trazer regras específicas para eles.

Não cabe recurso especial porque esse é cabível de decisão de tribunal (art. 105, III, CF), e o recurso no Juizado é julgado por Turma Recursal (art. 82, Lei dos Juizados Especiais).

Da decisão que rejeita a denúncia ou queixa e da sentença de mérito cabe apelação. O prazo é de 10 dias, e as razões acompanham a interposição.

Os embargos de declaração possuem prazo de 5 dias, e a interposição suspende o prazo para interposição de outros recursos.

3.2. Observações Finais

Aplicada pena de multa na sentença, se o condenado não pagar, cabe execução, persistindo a polêmica da competência para execução da multa.

P.: Aplicada pena de multa na transação penal, se o autor da infração não pagar, o que deve ser feito?

R.: A questão é divergente:

- executa-se a multa;
- com o descumprimento do acordo por parte do acusado, o MP também pode descumpri-lo, oferecendo a denúncia para prosseguimento do processo, porque a homologação da transação fez apenas coisa julgada formal.

Há julgado nos dois sentidos.

P.: E, se na transação for aplicada pena restritiva de direitos, como executá-la?

R.: Nesse caso, a única solução é o oferecimento da denúncia.

P.: A lesão leve passou a ser delito de ação penal pública condicionada. Como ficam as vias de fato – contravenção cuja ação penal é pública incondicionada?

R.: As vias de fato constituem infração menos grave do que a lesão leve, logo, a ação passou a ser também pública condicionada à representação. Fundamento, analogia *in bonam partem.*

P.: Se o promotor denunciar classificando o fato como tentativa de homicídio e o júri desclassificar para lesão corporal leve, como proceder?

R.: Transitando em julgado a desclassificação, designa-se audiência preliminar para que sejam cumpridas as fases previstas na Lei dos Juizados Especiais.

P.: E, se tiver ocorrido decadência, decurso do prazo de 6 meses para representação?

R.: Duas posições:

- a vítima perde o direito de representar;
- a vítima não pode ser prejudicada; cabe a representação, e o prazo de 6 meses tem início com a intimação da vítima da desclassificação do delito.

CURSO DO PROF. DAMÁSIO A DISTÂNCIA

MÓDULO XIX

DIREITO PROCESSUAL PENAL
Procedimentos Especiais

Praça Almeida Júnior, 72 – Liberdade – São Paulo – SP – CEP 01510-010
Tel.: (11) 3346.4600 – Fax: (11) 3277.8834 – www.damasio.com.br

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Procedimentos Especiais

1. PROCEDIMENTO DOS CRIMES FUNCIONAIS

O procedimento dos crimes funcionais é aplicado a todos os crimes em que a condição de *funcionário público* funcione como elementar ou circunstância do tipo penal. Ex.: o Título XI, Capítulo I, do Código Penal aborda os crimes praticados por funcionário público contra a Administração Pública, e o Capítulo IV trata dos crimes praticados contra as finanças públicas.

O procedimento dos crimes funcionais segue o rito ordinário após o recebimento da denúncia ou queixa subsidiária; a peculiaridade que o torna especial é a possibilidade de o funcionário apresentar *defesa preliminar* antes do recebimento da peça inicial.

Para tanto, o acusado é notificado com prazo de 15 dias para se defender (art. 514 do CPP). Se não for encontrado, ser-lhe-á nomeado defensor dativo para exibir a resposta preliminar.

O próprio acusado pode apresentar a defesa preliminar, mesmo não sendo advogado.

Descumprida essa formalidade prévia, a nulidade é relativa (anulam-se os atos seguintes mediante comprovação de prejuízo). Essa é a orientação do Supremo Tribunal Federal. Nada obstante, consigna-se a posição minoritária

do Professor Tourinho a favor da existência de nulidade absoluta pela violação do contraditório e da ampla defesa.

O objetivo da defesa preliminar é evitar que ocupantes de cargos públicos sejam alvo de acusação infundada, tendo aplicação apenas aos crimes funcionais afiançáveis (são inafiançáveis o excesso de exação e a facilitação do contrabando e descaminho – arts. 316, § 1.º, e 318, do CP).

P.: Há algum meio para garantir a apresentação da defesa preliminar?

R.: Sim, pela correição parcial, caso o juiz não conceda a oportunidade para a sua apresentação.

P.: Se o funcionário público, aposentado ou exonerado, for processado por um fato que praticou enquanto exercia a função de funcionário público, terá direito a defesa preliminar?

R.: O entendimento atual é no sentido de não ter direito à defesa preliminar, em razão da revogação da Súmula n. 394 do Supremo Tribunal Federal. A súmula não se refere a esse procedimento, mas o fundamento de sua revogação é o mesmo dessa questão.

A súmula determinava que: "Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito policial ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício".

Com o cancelamento dessa súmula, os fatos ocorridos durante a existência do foro especial são processados após o término dessa prerrogativa

na primeira instância e não no foro especial, pois este existe em razão da função que a pessoa desempenha (do cargo), não se tratando de um privilégio individual.

Ex.: se um funcionário público pratica um crime durante o exercício de sua função, mas só vem a ser processado quando já estava aposentado ou exonerado, não será adotado o procedimento que permite a defesa preliminar, mas sim o procedimento comum.

Verificado o concurso de agentes no crime, os co-autores e partícipes, que não sejam funcionários públicos, não serão notificados para a apresentação da defesa preliminar – pois não possuem essa faculdade.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, o recebimento da denúncia ou da queixa deve ser fundamentado. Isso porque os crimes funcionais têm o contraditório antecipado na defesa preliminar. Trata-se de exceção, pois, em regra, no despacho que recebe ou rejeita a denúncia ou a queixa não há fundamentação.

Recebida a denúncia ou a queixa, o acusado é citado – seguindo-se o procedimento ordinário.

2. CRIMES CONTRA HONRA (ARTS. 519 A 523 DO CPP)

Trata-se de procedimento subsidiário previsto para os crimes contra honra, cuja ação penal é privada. O art. 519 do Código de Processo Penal ratifica ao descrever que o rito será observado no processo "para o qual não haja outra forma estabelecida em lei especial". Ex.: crimes cometidos pela imprensa, Lei n. 5.250/67; pessoas que gozam de foro especial pela

prerrogativa de função, se a competência for do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, Lei n. 8.038/90.

Apesar do Título II, Capítulo III, do Código de Processo Penal, referir-se somente à calunia e à injúria, esse procedimento também é aplicável à difamação pela utilização da analogia (art. 3.º do CPP).

O emprego da analogia pressupõe a omissão involuntária do legislador, porque se a omissão foi proposital, não cabe o uso do instituto. A lacuna do art. 519 do Código de Processo Penal não foi espontânea; o Código Penal em vigor na época em que o Código de Processo Penal foi criado era o de 1890, e previa os crimes contra honra em dois artigos, encontrando-se a difamação descrita no parágrafo do tipo da calúnia (como sua espécie e não como crime autônomo).

Em regra, os crimes contra a honra são de ação penal privada, iniciando-se mediante queixa-crime. Exceções:

- a ação penal será pública incondicionada se da injúria real resultar lesão corporal.
- será pública condicionada à representação nos crimes contra a honra de funcionário público, em razão de sua função.
- será pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça nos crimes contra a honra do Presidente da República ou de Chefe de Governo estrangeiro.

2.1. Peculiaridades do Procedimento dos Crimes Contra a Honra

a) Audiência de reconciliação (ou conciliação): o objetivo dessa audiência é que autor e réu se reconciliem (art. 520 do CPP).

Deve ocorrer após o oferecimento da denúncia e antes do seu recebimento.

O juiz ouvirá cada uma das partes isoladamente; percebendo a possibilidade de conciliação, chamará as partes e seus advogados e tentará o acordo na audiência, que, se frutífero, será homologado. O querelante assinará termo de desistência da ação com a conseqüente extinção da punibilidade.

Não havendo acordo, será frustrada a conciliação e o juiz chamará à conclusão os autos para receber ou não a queixa.

Recebida a queixa, apesar de o crime ser o de detenção, adota-se o procedimento ordinário.

P.: Qual a causa extintiva da punibilidade para a hipótese de conciliação?

R: Não é a renúncia, porque essa ocorre quando o querelante não exerce seu direito de oferecer a queixa, e no caso em estudo já houve o oferecimento da exordial. Também não é a perempção, pois a ação penal ainda não se iniciou. Portanto, a causa extintiva da punibilidade é a desistência – que não está prevista no rol do art. 107 do Código Penal, mas esse é exemplificativo e não taxativo (art. 522 do CPP).

Para grande parte da doutrina, a falta da audiência de reconciliação gera nulidade absoluta.

O não-comparecimento do querelado à audiência preliminar indica desinteresse na conciliação. Não acarreta sanção; o juiz passa a analisar se é caso de receber ou rejeitar a queixa.

O não-comparecimento do querelante, posição minoritária, gera a perempção, pois deixa de comparecer a um ato fundamental (art. 60 do CPP). Esse entendimento é falho, pois ainda não houve o recebimento da queixa, e, assim, não há que se falar em perempção. Posição majoritária na doutrina, na jurisprudência e no Superior Tribunal de Justiça, indica desinteresse na conciliação.

b) Exceção da verdade (art. 523 do CPP): é a possibilidade do querelado provar que o alegado é verdadeiro. Admite-se nos crimes de calúnia, salvo o expresso no art. 138, § 3.º, do Código Penal:

- se, constituindo o fato crime de ação penal privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;
- se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no inc. I do art. 141 do Código Penal (Presidente da República ou Chefe de Governo Estrangeiro);
- se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

Também é cabível nos crimes de difamação, quando a vítima for funcionário público, por fato relativo a suas funções (art. 139, par. ún., do CP).

O momento da apresentação da exceção da verdade é o mesmo da defesa prévia (art. 395 do CPP – logo após o interrogatório ou no prazo de três dias).

O querelante tem dois dias para contestar, podendo arrolar testemunhas, desde que com esse novo rol não se ultrapasse o número legal. Ex.: na queixa foram arroladas quatro testemunhas; poderá o querelante na contestação da exceção da verdade oferecer mais quatro testemunhas.

Todas as testemunhas, inclusive as da exceção da verdade, serão ouvidas durante a audiência de instrução.

O juiz, antes de analisar o mérito, na própria sentença decide a exceção da verdade.

Obs.: parte da doutrina sustenta que o prazo da exceção da verdade não é fatal em nome da ampla defesa. Ainda que apresentada após o lapso previsto no art. 395 do Código de Processo Penal, poderá ser aceita e julgada na sentença.

Atenção: conforme determina o art. 85 do Código de Processo Penal, se o querelante for pessoa que goze de foro especial, a exceção da verdade será julgada pelo tribunal competente para processar originariamente o querelante. Ex.: querelante é deputado federal; torna-se vítima de calúnia e oferece queixa na primeira instância. O querelado apresentará a exceção da verdade que será julgada no Supremo Tribunal Federal. Obs.: a exceção da verdade é processada e instruída na primeira instância e remetida para o tribunal competente apenas para o julgamento.

c) Pedido de explicações em Juízo (art. 144 do CP): é uma medida preliminar, utilizada quando a ofensa é equívoca, dúbia. Ex.: alguém se

referindo a uma moça diz que ela é muito cara. Essa frase possibilita duplo entendimento: ou a moça é muito especial, com valiosas qualidades, ou é uma meretriz que cobra caro por seus trabalhos.

A situação que conduz ao duplo entendimento, permite o pedido de explicações em Juízo, que não é obrigatório. Visa esclarecer as dúvidas para que a queixa fique bem fundamentada.

Ajuizado o pedido de explicações, o autor da frase é notificado para prestar esclarecimentos. Com ou sem as respostas, os autos do pedido são entregues ao requerente.

O juiz é um intermediário, não analisa o mérito. Configura um elemento a mais para o exame da justa causa para o recebimento da queixa.

O prazo de seis meses para oferecer a queixa é peremptório e decadencial; não se suspende nem se interrompe com o ajuizamento do pedido de explicações.

O pedido de explicações torna prevento o Juízo.

O querelado somente será condenado na ação penal privada, nunca no pedido de explicações em Juízo.

3. PROCEDIMENTO NOS CRIMES FALIMENTARES

Os crimes falimentares classificam-se em:

- *antefalimentares*: a conduta se realiza anteriormente à sentença declaratória de falência;

- *pós-falimentares*: a conduta se verifica após a sentença declaratória de falência.

O crime falimentar prescreve em dois anos, a contar do encerramento da falência (art. 199 da Lei n. 7.661/45). A Súmula n. 147 do Supremo Tribunal Federal determina que: "A prescrição do crime falimentar começa a correr da data em que deveria estar encerrada a falência, ou do trânsito em julgado da sentença que a encerrar ou que julgar cumprindo a concordata".

Mas quando deveria se encerrar a falência?

Conforme a regra do art. 132, §1.º, da Lei n. 7.661/45, a falência deve encerrar-se em dois anos, a contar da data de sua declaração.

A prática de crime falimentar é apurada no *inquérito judicial* presidido pelo próprio juiz da falência, baseado na *exposição circunstanciada* apresentada pelo síndico da falência. A exposição é instruída com o laudo do perito, encarregado de examinar as escriturações do falido. Podem requerer a instauração do inquérito judicial o síndico ou qualquer credor interessado.

O falido terá o prazo de cinco dias para *contestar* as alegações do inquérito judicial. Encerrado esse prazo, os autos serão conclusos ao juiz que, em 48 horas, deferirá a produção de provas.

Realizadas as provas, os autos serão remetidos ao Ministério Público que, no prazo de cinco dias, poderá oferecer a denúncia ou requerer o apensamento dos autos aos autos da falência, arquivando o inquérito judicial. Se o juiz não concordar com o apensamento, remeterá as peças ao Procurador-Geral, para os fins do art. 28 do Código de Processo Penal.

Quaisquer dos credores ou mesmo o síndico poderá oferecer a queixa subsidiária, caso o Ministério Público não ofereça nem requeira sem apensamento dentro do prazo. Se o Ministério Público oferecer a denúncia, o seu recebimento deve ser fundamentado sob pena de nulidade (Súmula n. 564 do STF).

Os autos, então, serão remetidos ao Juízo criminal, onde a ação penal prosseguirá pelo rito ordinário, independentemente de ser o crime de reclusão ou de detenção. No Estado de São Paulo, por força da Lei Estadual n. 3.947/83, o Juízo da falência tem competência universal, inclusive para o julgamento dos crimes falimentares. O recebimento da denúncia impede a concessão da concordata suspensiva.

Diverge a doutrina com relação à natureza jurídica da sentença declaratória da falência. O Professor Fernando Capez elenca os entendimentos:

"1.ª) é elementar do tipo falimentar, segundo José Frederico Marques;

2.ª) Nelson Hungria entende que é condição objetiva de punibilidade (adotada);

3.ª) Trata-se de condição de procedibilidade, embora em alguns casos possa constituir elementar do tipo. Como exemplo, os arts. 186, inc. III, e 189, inc. II, ambos da Lei de Falências.

4.ª) Segundo Mirabete, trata-se de 'condição objetiva de punibilidade quanto aos crimes antefalimentares, e pressuposto quanto aos crimes pós-falimentares, excluídos os crimes em que é a quebra elemento do próprio fato típico'."

4. PROCEDIMENTO DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL

Os crimes contra a propriedade imaterial são os que ferem os direitos autorais (arts. 184 e 185 do CP) e os direitos da propriedade industrial (Lei n. 9.279/96).

São, em regra, crimes de ação penal privada, pois processam-se mediante queixa; porém, também há previsão de ação penal pública, de acordo com o art. 186 do Código Penal.

O procedimento desses crimes varia, conforme o delito deixe ou não vestígios.

Se o crime deixar vestígios, crime não-transeunte, a denúncia ou a queixa será recebida se instruída com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito (art. 525 do CPP).

O autor deve comprovar seu direito à ação (art. 526 do CPP). Para tal deve requerer, antes da queixa ou da denúncia, a busca e apreensão e perícia, apresentando os quesitos.

A diligência será realizada por dois peritos do Juízo, que farão a vistoria e apreensão de objetos suficientes para a prova da infração. Caso o laudo seja contrário aos interesses do autor, este poderá impugná-lo.

Encerradas as diligências, o juiz homologa o laudo pericial sem examinar o mérito. Homologado o laudo, o autor será intimado para, em 30 dias, oferecer a queixa-crime instruída com a perícia, sob pena de sua ineficácia.

Com o recebimento da denúncia, passa-se para o rito ordinário.

Se o crime não deixar vestígios, crime transeunte, o rito será o ordinário, ainda que a pena seja a de detenção.

5. PROCEDIMENTO NOS CRIMES DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS

Algumas pessoas, em razão do cargo que ocupam, se cometerem uma infração penal, devem ser processadas e julgadas originariamente nos tribunais, na instância superior. Trata-se de uma prerrogativa da função. Ex.:

- Prefeito é processado e julgado no Tribunal de Justiça;
- Governadores, Desembargadores, membros do Tribunal de Contas dos Estados, entre outros, são julgados no Superior Tribunal de Justiça;
- Presidente da República, Vice-Presidente, membros do Congresso Nacional e o Procurador-Geral da República são julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

O rito é previsto na Lei n. 8.038/90: oferecida a denúncia ou a queixa perante o tribunal competente, o acusado é notificado para apresentar uma resposta prévia antes do recebimento da petição inicial.

O relator do tribunal pedirá dia para que o tribunal decida sobre o recebimento ou não da denúncia ou da queixa, ou ainda sobre a improcedência da acusação (art. 6.º da lei).

Recebida a denúncia ou a queixa, passa-se para o interrogatório do acusado, a defesa prévia (com prazo de cinco dias), a instrução etc., observando-se o procedimento comum. O julgamento será na forma prevista no regimento interno de cada tribunal.

Obs.: para maior aprofundamento sobre esse tema é interessante rever o módulo VIII, que trata da competência.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Do Procedimento do Júri

1. HISTÓRICO

O Procedimento do Júri, apesar de estar disposto no Código de Processo Penal na parte do procedimento comum, é um rito especial.

Tem a sua origem na Magna Carta , os homens deveriam ser julgados pelos seus pares. No Brasil, surgiu na lei de 18.6.1822, que criava o julgamento pelo Júri para os crimes de imprensa. Depois, a Constituição Imperial de 1824 passou a prevê-lo como um órgão do Poder Judiciário e ampliou sua competência para julgar causas cíveis e criminais. A Constituição de 1891 manteve o Júri como instituição soberana.

O "período obscuro do Tribunal do Júri" foi o de 1937; a Constituição Federal de 1937 não se manifestou a respeito do instituto, o que tornou possível a um decreto (o Dec. n. 167) suprimir a soberania dos veredictos do Júri. Tal decreto permitiu que os tribunais alterassem o julgamento do Júri. Atualmente, se o Júri condena, o Tribunal não pode, ao rever a decisão, absolver. Esse princípio suprimido foi restabelecido na Constituição de 1946 e, a partir de então, não mais deixou de ser previsto.

2. O JÚRI NA ATUAL CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O Constituição Federal prevê o Júri em seu art. 5.º, inc. XXXVIII. É um dos direitos e garantias individuais de todas as pessoas. Desse dispositivo, extrai-se os quatro princípios fundamentais da instituição do Júri, quais sejam : plenitude de defesa; sigilo nas votações; soberania dos veredictos; competência mínima para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados.

a) Plenitude de defesa

A plenitude de defesa significa mais que a ampla defesa e ocasiona os seguintes reflexos:

- O advogado tem liberdade para elaborar a defesa do réu, podendo alegar o que melhor lhe aprouver, ainda que sem aparo jurídico. Ex.: na tréplica, o advogado alega que o crime foi praticado há 11 anos; depois disso, o réu arrumou um emprego, teve sete filhos, tornou-se líder comunitário etc.

- Se o juiz constata que a defesa desenvolvida em plenário é inepta, pode dissolver o conselho de sentença declarando o réu *indefeso* (art. 497, inc. V, do CPP).

- O juiz deve quesitar, além das alegações desenvolvidas pela defesa técnica, aquelas alegadas pelo réu em sua autodefesa, mesmo que incompatíveis. Ex.: o réu, no seu interrogatório em plenário, alega que agiu em legítima defesa. O defensor considera que é difícil convencer os jurados da legítima defesa e então sustenta outra tese;

alega que o réu não conhece o instituto da legítima defesa, argumenta que as qualificadoras não existiram e que há um privilégio. O juiz irá quesitar as duas defesas alegadas: legítima defesa e privilégio. Obs.: esse entendimento não é unânime, mas é o dominante.

b) Sigilo nas votações

Trata-se de princípio informador específico do Júri; a ele não se aplica o disposto no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal (princípio da publicidade).

O Código de Processo Penal prevê várias maneiras de manter o sigilo nas votações, cabendo citar, entre outras:

- *Incomunicabilidade dos jurados*: os jurados não podem emitir qualquer opinião sobre o processo. Podem conversar entre eles, desde que não seja sobre o caso. Os jurados são impedidos de se comunicar com qualquer terceiro estranho ao processo. A comunicação dos jurados com o mundo externo ocorre somente através do oficial de justiça.

- *O julgamento é feito em sala secreta*: isso evita que uma das pessoas que esteja no plenário perceba qual foi o voto dos jurados e, também, qualquer tipo de constrangimento.

- *O julgamento feito pelos jurados tem por base a íntima convicção*: Assim, não há fundamentação da decisão. É exceção à regra do livre convencimento motivado.

c) Soberania dos veredictos

Conceito do Professor. José Frederico Marques: “A soberania consiste na impossibilidade dos juízes togados se substituírem aos jurados na decisão da causa.”

O mérito no Júri é decidido exclusivamente pelos jurados. Como todo princípio, não é absoluto, ou seja, encontra limitações.

O art. 593, inc. III, “d”, do Código de Processo Penal, permite a apelação das decisões do Júri quando consideradas manifestamente contrárias às provas dos autos. A apelação é julgada pelo tribunal. Se o tribunal der provimento àapelação, determina a realização de novo julgamento. O tribunal não decide o mérito. A apelação com esse fundamento só pode ser interposta uma vez.

“Na revisão criminal a mitigação desse princípio é ainda maior, porque o réu, condenado definitivamente, pode ser até absolvido pelo tribunal revisor, caso a decisão seja arbitrária. Não há anulação nesse caso, mas absolvição, isto é, modificação direta do mérito da decisão dos jurados.”[1]

Observações: 1. A absolvição sumária ocorre quando provado excludente de ilicitude ou de culpabilidade. Nesse caso, o réu não vai a Júri, e sim o juiz togado julga o mérito.

2. A revisão criminal é a ação rescisória de coisa julgada penal. Sempre em favor do réu, nunca *pro societate*. No caso de Júri, interposta a revisão criminal, ela será julgada por 10 desembargadores (normalmente o recurso é julgado por três) e os juízes togados decidirão o mérito nesse caso.

[1] CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

Esses dois casos são as limitações da soberania dos veredictos, já que nenhum princípio é absoluto. Os veredictos do Júri são soberanos apenas e tão-somente enquanto garantirem o direito de liberdade do cidadão.

d) Competência mínima para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida tentados ou consumados

Os crimes dolosos contra a vida são:

- homicídio (art. 121 do CP);
- induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 122 do CP);
- infanticídio (art. 123 do CP);
- aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento e aborto provocado por terceiro (arts. 124 a 126 do CP).

Esses são os crimes de competência do Júri; todavia, este pode vir a ter sua competência ampliada por lei ordinária. Já existe uma lei ordinária ampliando: o art. 78, inc. I, do Código de Processo Penal prevê que também é da competência do Júri o julgamento dos crimes conexos com os crimes do Júri.

Atenção:

1. A competência para julgar o latrocínio é do juiz singular, pois é um crime contra o patrimônio (Súmula n. 603 do STF).

2. A competência para julgar o genocídio (crime contra a humanidade) é do juiz singular da justiça federal.

3. O policial militar, que pratica crime doloso contra a vida, ainda que em serviço, será julgado pelo Júri.

3. ORGANIZAÇÃO DO JÚRI

O Júri é um órgão da justiça comum. Pode ser o Júri estadual ou federal.

A competência do Júri federal é para julgamento de:

- crimes dolosos contra a vida de funcionários públicos federais, em razão de suas funções;
- crimes dolosos contra a vida praticados a bordo de navio ou aeronave.

3.1. Características do Júri

São as seguintes as características do Júri:

- *Colegiado*: o Júri é composto por um juiz togado e 21 jurados leigos.

Atenção: 21 jurados formam o tribunal do Júri; 15 jurados presentes, no mínimo, instalam a sessão de julgamento; 7 jurados formam o conselho de sentença.

- *Heterogêneo*: é composto por órgãos de natureza distinta, juiz togado e jurados leigos.
- *Horizontal*: não há hierarquia entre os jurados e o juiz-presidente do Júri. O que existe são divisões de competência.
- *Temporário*: os jurados são sempre renovados.

Compete ao juiz-presidente organizar a lista geral dos jurados, baseado em informações fidedignas ou conhecimento pessoal (art. 439 do CPP). Normalmente, o juiz requer listas com nomes em repartições públicas, sindicatos de classes, empresas.

No mês de novembro de cada ano, o juiz publica uma lista provisória com o nome dos jurados que irão atuar no próximo ano. A quantidade de nomes varia entre 80 a 500, conforme a necessidade de julgamento. Na segunda quinzena de dezembro, o juiz publica a lista definitiva (art. 439, par. ún., do CPP).

Enquanto a lista não é definitiva, qualquer pessoa pode impugná-la. O juiz decide sobre aquele pedido de exclusão de nome da lista. Se o juiz indefere o pedido e inclui o nome, aquele que argüiu a exclusão pode interpor recurso em sentido estrito no prazo de 20 dias (normalmente o recurso em sentido estrito tem prazo de cinco dias), conforme o art. 581, inc. XIV, e art. 586, par. ún., ambos do Código de Processo Penal.

Da lista definitiva são sorteados os 21 nomes que formarão o tribunal do Júri, sendo renovados a cada reunião periódica. O sorteio é realizado em audiência pública e um menor de 18 anos realiza o sorteio (presume-se a pureza do menor).

As qualidades da pessoa para ser jurado são as seguintes:

- ser brasileiro (nato ou naturalizado);
- estar no gozo dos direitos políticos;
- ser maior de 21 anos;
- ser residente na comarca onde acontecerão os julgamentos;
- ter notória idoneidade moral.

A lei prevê expressamente nos arts. 434 e 436, par. ún., do Código de Processo Penal aqueles que são isentos do serviço do Júri. Entre eles estão os maiores de 60 anos, os que já exerceram a função de jurado por um ano, ministros de confissão religiosa, parteiras, entre outros.

Um cidadão convocado a prestar o serviço do Júri, não estando no rol dos isentos, não pode recusar-se a essa obrigação. Poderá, todavia, por razões de convicção filosófica, política ou de crença religiosa, invocar em seu favor a denominada *escusa de consciência*. O art. 435 do Código de Processo Penal (determina que aquele que alega escusa de consciência para não prestar o serviço do Júri perde os direitos políticos) não foi recepcionado pela Constituição Federal, estando, portanto, revogado.

Segundo a Constituição Federal, aquele que invoca escusa de consciência para se livrar de obrigação a todos imposta, deverá prestar um serviço social alternativo. Havendo a recusa da prestação alternativa, ocorrerá a perda dos direitos políticos (arts. 5.º, inc. VIII, e . 15, inc. IV, da CF/88). Essa obrigação alternativa deve ser prevista em lei; porém, ainda não existe lei que regulamente essa obrigação.

O exercício efetivo da função de jurado, segundo o art. 437 do Código de Processo Penal, é considerado um serviço público relevante. O jurado terá as seguintes prerrogativas:

- presunção de idoneidade moral;
- prisão especial em caso de crime comum até o julgamento definitivo;
- preferência em igualdade de condições em concorrências públicas.

Os jurados poderão ser responsabilizados criminalmente por concussão, corrupção e prevaricação.

4. *JUDICIUM ACCUSATIONIS*

O procedimento do Júri é bifásico ou escalonado. É o procedimento mais solene do Código de Processo Penal.

A primeira fase do Júri é denominada *sumário da culpa* ou *judicium accusationis*. Inicia-se com o recebimento da denúncia ou da queixa (ação penal privada subsidiária da pública) e termina com o trânsito em julgado da pronúncia. Essa fase tem por objetivo verificar a admissibilidade da acusação e verificar se há requisitos mínimos para a acusação. Os atos dessa fase são quase os mesmos do procedimento ordinário, apresentando poucas diferenças. São eles:

- recebimento da denúncia ou da queixa;
- citação do réu;
- Interrogatório;

- defesa prévia;
- oitiva das testemunhas de acusação e de defesa (número máximo de oito).
- alegações finais (art. 406 do CPP).Aqui atenção: o prazo é de cinco dias para cada parte.

P.: As partes são obrigadas a apresentar as alegações do Júri?

R.: O Ministério Público é obrigado a apresentar as alegações devido ao princípio da indisponibilidade da ação penal. A defesa não tem obrigação de apresentar, podendo preferir falar sobre o mérito apenas em plenário (é técnica de defesa). No rito ordinário as partes são obrigadas a apresentar as alegações finais por ser a última oportunidade de manifestação antes da sentença. No Júri, essa não é a última manifestação.

Obs.: nessa fase fica proibida a juntada de qualquer documento pelas partes. Novo documento só será apresentado posteriormente no libelo ou nas contra-razões do libelo (art. 406, § 2.º, do CPP).

- *Sentença*: nessa fase do processo podem ser proferidos quatro tipos de decisão:

- decisão de pronúncia;

- decisão de impronúncia;

- desclassificação;

- absolvição sumária (depende de reexame necessário é condição de eficácia).

Todas essas decisões podem ser impugnadas através do recurso em sentido estrito (art. 581, incs. II, IV e VI, do CPP).

4.1. Pronúncia

Trata-se da decisão que entende existir prova da materialidade e indícios suficientes de autoria. Julga admissível a acusação, submetendo o réu a julgamento pelo Tribunal do Júri.

"Na fase da pronúncia vigora o princípio *in dúbio pro societate*, uma vez que há mero juízo de suspeita, não de certeza. O juiz verifica apenas se a acusação é viável, deixando o exame mais acurado para os jurados. Somente não serão admitidas acusações manifestamente infundadas, pois há juízo de mera prelibação".[2]

Essa decisão, na verdade, não é uma sentença, pois não julga o mérito. Tem a natureza jurídica de decisão interlocutória mista não-terminativa. O Código de Processo Penal fala em sentença porque a decisão de pronúncia deve seguir os mesmos requisitos da sentença (relatório, fundamentação e dispositivo).

O dispositivo da decisão de pronúncia contém o julgamento da admissibilidade da acusação, da pretensão punitiva (ex.: "... julgo admissível a acusação e pronuncio o réu.").

[2] CAPEZ, Fernando. *Op. cit*.

A fundamentação não precisa analisar com profundidade o mérito da causa como na fundamentação da sentença, sob pena de influenciar na decisão dos jurados. Deve ter uma linguagem comedida e cautelosa para pronunciar, sem referir-se a culpado ou inocente, pois levaria à nulidade da decisão.

São efeitos da pronúncia:

- Submeter o réu a julgamento pelo Júri.
- Fixar a classificação jurídica do fato.

Obs.: o art. 416 do Código de Processo Penal permite a mudança da classificação quando ocorrer circunstância superveniente que altere a mesma. Ex.: o réu é pronunciado por tentar matar a vítima. A vítima que estava na UTI vem a falecer. O réu deverá ser julgado por homicídio consumado. Altera-se a pronúncia.

- Interromper a prescrição. A Súmula n. 191 do Superior Tribunal de Justiça determina que a pronúncia é causa interruptiva da prescrição ainda que ocorra a desclassificação do crime pelo Júri. Essa súmula veio pacificar os entendimentos, pois alguns defendiam que se os jurados desclassificassem para o procedimento comum ordinário,onde nada interrompe a prescrição, muitas vezes o crime já estaria prescrito.
- Decretação da prisão, se for o caso (art. 408, § 2.º, do CPP).

Não há mais o lançamento do nome do réu no rol dos culpados. O dispositivo que determinava essa providência não foi recepcionado pela Constituição Federal em razão do princípio da presunção de inocência.

O juiz, na pronúncia, pode excluir a qualificadora incluída na denúncia se for manifestamente improcedente, arbitrária ou se não houver qualquer prova nos autos sobre ela.

P.: Se a denúncia foi oferecida por homicídio simples, e na instrução apura-se que há uma qualificadora, o juiz pode incluir essa qualificadora na pronúncia?

R.: São duas as posições. Para parte da doutrina o juiz pode incluir a qualificadora na pronúncia aplicando o art. 384 do Código de Processo Penal, *mutatio libelli* sob pena de violar a ampla defesa. Já o Supremo Tribunal Federal entende que o juiz pode incluir qualificadora na pronúncia, independentemente da aplicação do art. 384 do Código de Processo Penal, por força da regra específica prevista no art. 408, § 4.º, do Código de Processo Penal.

Essa regra acima analisada também se aplica nas hipóteses de desclassificação de crime doloso menos grave contra a vida para outro crime doloso mais grave contra a vida. Ex.: desclassificação de infanticídio para homicídio.

Ao juiz é vedado manifestar-se na pronúncia sobre:

- causas de aumento de pena;
- causas de diminuição de pena;
- circunstâncias agravantes;
- circunstâncias atenuantes.

As causas de aumento de pena só serão incluídas no libelo. As circunstâncias agravantes vão ser incluídas no libelo ou nos debates durante a sessão de julgamento.

A única agravante que deve constar na pronúncia é a reincidência, pois irá interferir na prisão ou na liberdade do réu.

Conforme dispõe a Súmula n. 21 do Superior Tribunal de Justiça, pronunciado o réu, fica superada a alegação de excesso de prazo na instrução criminal.

A intimação da decisão de pronúncia varia conforme a situação do réu:

- Se o réu está preso, será intimado pessoalmente.
- Se o réu está solto, será intimado pessoalmente. Caso não seja encontrado, a intimação será feita por edital, dependendo da natureza da infração:
    - Se o crime é afiançável, a intimação será feita por edital.
    - Se o crime é inafiançável, o réu só pode ser intimado pessoalmente. Ficando o réu em local incerto e não sabido o processo ficará parado até que aquele seja localizado. Nesse caso, ocorre a chamada *crise de instância*, isto é, há o estancamento da marcha processual. Nesse caso, o juiz pode decretar a prisão preventiva do réu para assegurar a aplicação da lei penal.

4.2. Impronúncia

A decisão de impronúncia julga inadmissível a acusação. Não há prova da materialidade e nem o menor indício de autoria. A decisão de impronúncia

tem natureza jurídica de decisão interlocutória mista terminativa. Não julga o mérito.

Essa decisão só faz coisa julgada formal. Surgindo novas provas, o processo poderá ser reaberto se o crime ainda não prescreveu.

Exceção: a decisão de impronúncia fará coisa julgada material nos seguintes casos:

- atipicidade do fato (o fato narrado não constitui crime);
- comprovação da inexistência material do fato (não houve crime).

No que se refere à competência para o julgamento dos crimes conexos em caso de desclassificação, há dois entendimentos na doutrina. Alguns defendem que todos os delitos passarão para a esfera do juiz togado, pois, se o Júri reconhece que não tem competência para julgar o crime principal, seria um contra-senso que decidisse os demais. Outros afirmam que, mesmo ocorrendo a desclassificação, o Júri continuaria competente para julgar os crimes conexos ante o disposto no art. 81, *caput*, do Código de Processo Penal.

4.3. Despronúncia

É a decisão judicial que revoga uma decisão de pronúncia. Pode ocorrer se houver interposição de recurso e o tribunal revogar a decisão ou se o próprio juiz da causa, no juízo de retratação, voltar atrás e impronunciar o réu.

4.4. Desclassificação (art. 410 do Código de Processo Penal)

A desclassificação ocorre quando o juiz do Júri se convence de que o réu não cometeu um crime doloso contra a vida, e sim cometeu um crime diverso, da competência do juiz singular.

Se o juiz tiver dúvida entre tentativa de homicídio ou lesão corporal, deverá pronunciar o réu e deixar que o Júri decida se houve ou não o *animus necandi*, isto é, intenção de matar. Visa preservar-se, assim, a competência constitucional do Júri. Se o Júri decidir que o réu não teve intenção de matar, o processo será remetido ao juiz competente. O Júri não se manifesta sobre agravantes ou qualificadoras, nem menciona para qual delito o crime foi desclassificado, caso se manifeste acerca disso, não estará vinculando o juiz, que será competente.

Atenção: se o juiz do Júri desclassifica o crime e as partes não recorrem (é cabível recurso em sentido estrito), a decisão transita em julgado e o processo é remetido ao juiz singular.

Se o juiz singular, ao receber o processo, concluir que o juiz do Júri se equivocou, e que o réu deveria ter sido pronunciado, qual medida deve tomar? O juiz para o qual o processo foi remetido nada poderá fazer. Não pode suscitar conflito de competência, pois a decisão de desclassificação já transitou em julgado. Se ele se convencer que era mesmo o crime doloso contra a vida, ainda que tentado, deverá absolver o réu.

A desclassificação é decisão interlocutória mista não terminativa.

4.5. Absolvição Sumária

É a absolvição do réu pelo juiz em razão de estar comprovada a existência de causa de exclusão da ilicitude (ex.: legítima defesa) ou da culpabilidade (ex.: inimputabilidade).

É uma sentença, pois nela há o julgamento do mérito. Faz coisa julgada material. Para ter eficácia deve ter o reexame necessário.

A Súmula n. 423 do Supremo Tribunal Federal determina que, enquanto não houver o recurso de ofício, a absolvição não transita em julgado.

P.: se o Juiz tem certeza da excludente de culpabilidade (há laudo que comprova a inimputabilidade do réu) e tem dúvida sobre a excludente de ilicitude (há dúvida quanto à legítima defesa) ele deve absolver ou pronunciar o réu?

R.: O Juiz não pode reconhecer a legítima defesa e absolver o réu no sumário da culpa, pois esta não restou provada. Deverá pronunciar o réu, pois o Júri pode reconhecer a legítima defesa e absolver o réu. Se o juiz no sumário da culpa reconhecer a excludente de culpabilidade terá de dar a absolvição imprópria, impondo ao réu uma medida de segurança. No caso dele se pronunciar, o réu terá uma chance de o Júri reconhecer a legítima defesa e o absolver; ou, na pior das hipóteses, será condenado e receberá uma medida de segurança pela inimputabilidade já comprovada.

A segunda fase do Júri é denominada *juízo da causa* ou *judicium causae*. Inicia-se com o oferecimento do libelo e termina com a sessão de julgamento. Essa fase julga o mérito, ou seja, verifica a culpabilidade do acusado.

Obs.: o Módulo XXI tratará desse tema.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Do Procedimento do Júri

1. *JUDICIUM CAUSAE*

1.1. Desaforamento

A segunda fase do procedimento do júri, após a sentença de pronúncia, é o juízo da causa ou *judicium causae, o qual inicia-se* com o oferecimento do libelo pela acusação.

Durante essa fase é possível que ocorra o pedido de *desaforamento* (art. 424 do CPP). Desaforamento é o deslocamento da competência territorial do júri. Somente a sessão de julgamento é que se desafora. Os demais atos são praticados na Comarca onde corre o processo.

É impossível o pedido de desaforamento durante o sumário da culpa, pois nessa fase ainda não há certeza de que haverá julgamento pelo júri. Só a pronúncia transitada em julgado dá a certeza do julgamento pelo júri.

O desaforamento deve ser sempre para a Comarca mais próxima, desde que nela não existam os mesmos motivos que ensejaram o desaforamento. Assim, por exemplo, um crime que causou revolta em toda uma região, não adianta desaforar para uma cidade vizinha.

São causas do desaforamento:

a) motivos de ordem pública;

b) dúvida a respeito da imparcialidade dos jurados (Atenção: a dúvida não é sobre a imparcialidade do juiz – essa enseja exceção de impedimento ou suspeição);

c) risco à segurança do réu;

d) quando, passado um ano do recebimento do libelo, o julgamento não tiver se realizado.

Tem legitimidade para pleitear o desaforamento:

- qualquer das partes, por requerimento;
- o juiz, por representação; salvo no último caso (d), em que só as partes podem requerer.

O pedido é formulado no Tribunal de Justiça; a Câmara Criminal com competência para julgar os recursos do júri irá decidir, ouvindo sempre o Procurador-Geral de Justiça.

O desaforamento pode ser pedido até um dia antes da sessão do julgamento. Por não ter efeito suspensivo, deve ser requerido o quanto antes.

P.: Concedido o pedido de desaforamento, é possível requerer um segundo desaforamento?

R.: Sim. É possível novo desaforamento desde que, na nova Comarca, surjam novos motivos.

Reaforamento é a volta do julgamento para ser realizado pelo Júri da Comarca de origem, sendo necessário que ali tenham desaparecido os motivos que provocaram o desaforamento e que novos motivos (problemas que não mais existem na de origem) tenham surgido na Comarca para onde o julgamento fora remetido. Portanto, em tese, admite-se o retorno do julgamento para a Comarca de origem.

1.2. Libelo

O libelo é a "peça inaugural do *judicium causae*, consistente em uma exposição escrita e articulada do fato criminoso, contendo o nome do réu, as circunstâncias agravantes e todas as demais que influam na fixação da sanção penal. (...) O libelo é composto de três partes: introdução, articulado e pedido. Na *introdução*, consta a menção ao processo-crime, a designação do acusador, pelo seu cargo, e o nome do réu (exemplo: 'Por libelo-crime acusatório, diz a Justiça Pública, por seu Promotor de Justiça infra-assinado, nos autos do processo-crime 428/90, que move contra o réu Ernestino de Souza, o seguinte: (...)'). No *articulado*, o fato criminoso e suas circunstâncias vêm expostos em artigos sintéticos e objetivos (exemplo: 'Que provará: 1) que o réu efetuou disparos de arma de fogo contra a vítima, produzindo-lhe os ferimentos descritos no laudo de fls.; 2) que esses ferimentos foram a causa da morte da vítima; 3) que o réu é reincidente'). No *pedido*, a acusação deve requerer a procedência da ação, com o recebimento do libelo e a condenação do acusado pelo júri, como incurso no tipo incriminador, pelo qual foi pronunciado (exemplo: 'Isto posto, requeiro seja o presente libelo recebido, e o réu levado a julgamento perante o júri, como incurso no art. 121, *caput*, do Código Penal, a fim de ser condenado')"[1].

[1] CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal.* 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 580

O libelo é oferecido pela acusação (Ministério Público) somente contra o réu que foi intimado da decisão de pronúncia. A pronúncia só transita em julgado após a intimação do réu.

O libelo é totalmente vinculado à *pronúncia*. Isto é, no libelo o Ministério Público não pode alterar a classificação jurídica do crime constante na pronúncia. “A pronúncia condiciona o libelo”. Também não pode o Ministério Público incluir, no libelo, qualificadora que não conste da pronúncia. Se a acusação não concorda com a pronúncia, deve recorrer, mas não inovar no libelo.

O Ministério Público pode incluir agravantes no libelo.

P.: Se o Ministério Público não incluir no libelo as agravantes, pode fazê-lo em momento posterior?

R.: No dia do julgamento, nos debates, a acusação pode alegar as agravantes, mas não as causas de aumento da pena.

O libelo é uma peça articulada, ou seja, deve ser escrita na forma de artigos. Se houver mais de um crime na pronúncia, deverá ser elaborada uma série de artigos para cada crime. Se houver mais de um réu, deve ser realizado um libelo para cada réu.

No libelo, a acusação vai requerer a juntada de documentos, as diligências ainda não realizadas e apresentar o rol de testemunhas, no máximo cinco, que serão ouvidas em plenário.

P.: Se o Ministério Público não juntar documentos no libelo, pode requerer a juntada posteriormente?

R.: Sim. No processo penal é possível a juntada de documentos a qualquer momento, cientificando a parte contrária. O limite temporal no *judicium causae* à juntada de documentos é dado pelo art. 475 do Código de Processo Penal. Segundo esse dispositivo, os documentos a serem exibidos em plenário devem ser juntados e comunicados à parte contrária com antecedência de, pelo menos, três dias do julgamento.

As testemunhas podem ser arroladas em *caráter de imprescindibilidade*. A parte que arrolou a testemunha com esse caráter pode se recusar à realização do julgamento se essa não comparecer. O julgamento será adiado. Para desistir de testemunha imprescindível no julgamento, deve haver anuência da parte contrária.

O não-comparecimento da testemunha arrolada em caráter de imprescindibilidade não impedirá a realização do julgamento, nos seguintes casos:

- se a testemunha estiver em lugar incerto e não sabido;
- se a testemunha residir em Comarca diversa da jurisdição do Júri.

Prazo para o oferecimento do libelo:

- cinco dias (a contar da intimação pessoal para o oferecimento) para o Ministério Público, na ação penal pública;

- dois dias para o querelante, tanto no caso de queixa subsidiária quanto no de queixa exclusivamente privada.

Se o Ministério Público não oferece o libelo, o juiz não pode mais nomear promotor *ad hoc* para apresentá-lo, já que essa figura desapareceu com a Constituição Federal de 1988. Hoje, o juiz utiliza o art. 28 do Código de Processo Penal, por analogia.

Se o querelante não oferecer o libelo, ocorre o seguinte:

- na ação penal exclusivamente privada – a perempção;
- na ação penal privada subsidiária da pública – o Ministério Público reassume a ação.

(*Observação*: pode haver libelo em ação exclusivamente privada, em caso de litisconsórcio ativo entre querelante e Ministério Público.)

O fenômeno do lançamento do libelo ocorre quando o querelante, na ação penal privada subsidiária da pública, apresenta o libelo intempestivamente, fora do prazo legal. O Código de Processo Penal determina que ele seja lançado dos autos (art. 420 do CPP), quer dizer, seja excluído dos autos. Os autos serão remetidos ao Ministério Público.

Oferecido o libelo, esse será examinado pelo juiz, que poderá ou não recebê-lo. Caso não o receba, o juiz deverá notificar o Ministério Público para que apresente outro em 48 horas (art. 418 do CPP).

Recebendo o libelo, o juiz, nesse mesmo despacho, deve determinar a entrega de cópia ao réu em três dias e notificar a defesa para apresentar a contrariedade ao libelo, no prazo de cinco dias.

A falta da entrega da cópia do libelo ao réu e da notificação para a apresentação da contrariedade gera nulidade, evidentemente relativa (art. 564, inc. III, “f”, do CPP), segundo entendimento do Professor Fernando Capez[2].

1.3. Contra Libelo

O contra libelo segue as mesmas regras do libelo. Deve ser apresentado no prazo de cinco dias. A defesa deve requerer a juntada de documentos, a realização de diligências e apresentar o rol de testemunhas, em número máximo de cinco, que irão depor em plenário. As testemunhas da defesa também podem ser arroladas em caráter de imprescindibilidade.

Para a defesa é uma peça de apresentação facultativa, assemelhando-se à defesa prévia. Deve ser dada a oportunidade de apresentação, mas, caso a parte não apresente, não causa nulidade, porque pode ser uma técnica da defesa só se manifestar em plenário.

1.4. Saneador

Apresentados o libelo e o contra libelo, o juiz determina a realização das diligências necessárias. Após isso, profere um despacho saneador e marca a data para a sessão de julgamento.

[2] *Op. cit.* p. 583.

2. JULGAMENTO EM PLENÁRIO

A sessão de julgamento em plenário é composta pelas seguintes fases:

- instalação da sessão;
- formação do Conselho de Sentença;
- atos instrutórios;
- debates;
- julgamento.

2.1. Instalação da Sessão

Presente o Ministério Público, no dia e na hora designados para a reunião do júri, o juiz-presidente da sessão verifica se a urna contém as cédulas com os nomes dos 21 jurados sorteados, e determina que o escrivão faça a chamada. Declarará instalada a sessão se comparecerem no mínimo 15 jurados. Caso contrário, convoca nova sessão para dia útil imediato (art. 442 do CPP).

O juiz anuncia o processo que será submetido a julgamento e ordena ao porteiro que apregoe as partes e as testemunhas.

Observação: Esse é o momento para a argüição de nulidade relativa, ocorrida após a pronúncia sob pena de convalidação (art. 571, inc. V, do CPP). Se ocorrer nulidade após esse momento, deverá ser argüida imediatamente a sua ocorrência, sob pena de preclusão (art. 571, inc. VIII, do CPP).

Apregoado o réu e esse comparecendo, o juiz pergunta-lhe o nome, idade e se tem advogado. Deverá nomear-lhe curador – se for menor e não o tiver – e defensor, se for maior. Nesse caso, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido.

2.1.1. Ausências

a) Se o réu regularmente intimado não comparece

- *Ausência justificada*: o julgamento é adiado.
- *Ausência injustificada*:
  - se a infração for inafiançável, o julgamento somente se realiza com a presença do réu e, nesse caso, o juiz pode decretar a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal;
  - se a infração for afiançável, o julgamento será realizado à revelia do réu.

b) Se o advogado não comparece

- *Ausência justificada*: o julgamento é adiado.
- *Ausência injustificada*: o juiz deverá adiar a sessão de julgamento, nomear por cautela um advogado dativo e oficiar à OAB o ocorrido. Se no dia do novo julgamento o antigo advogado comparecer, é ele quem participa do julgamento.

c) Se o Ministério Público (acusação) não comparece

- *Ausência justificada*: o julgamento é adiado.
- *Ausência injustificada*: o juiz deverá adiar a sessão de julgamento, oficiar ao Procurador-Geral da Justiça e comunicar ao substituto automático do promotor. Não há mais a figura do promotor *ad hoc*.

d) Se o querelante não comparece

- *Ausência justificada*: o julgamento é adiado.
- *Ausência injustificada*: ocorre a perempção, em caso de ação penal exclusivamente privada, ou o Ministério Público reassume a titularidade, em caso de ação penal subsidiária da pública.

e) Se o assistente de acusação não comparece

- Sua ausência nunca provoca o adiamento da sessão.

f) Se a testemunha não comparece

- *Se arrolada em caráter de imprescindibilidade*: adia o julgamento, salvo se estiver em local incerto e não sabido ou for de fora da terra.
- *Se arrolada sem caráter de imprescindibilidade*: não adia o julgamento, mas pode sofrer condução coercitiva, multa e processo-crime por desobediência.

g) Se o jurado não comparece

- *Ausência injustificada*: sujeita-se ao pagamento de multa.

2.2. Formação do Conselho de Sentença

O juiz, após verificar que se encontram na urna as cédulas relativas aos jurados presentes, realizao sorteio de sete deles para formarem o conselho de sentença (art. 457 do CPP).

Antes do sorteio, o juiz adverte os jurados dos impedimentos do Júri. No mesmo conselho de sentença, são impedidos de servir marido e mulher, ascendente e descendente, sogro e genro ou nora, irmãos, cunhados durante o cunhadio, tio e sobrinho, padrasto ou madrasta e enteado. Também advertirá sobre as incompatibilidades legais por suspeição – parentesco com o juiz, promotor, advogado, réu ou com a vítima (art. 458 do CPP).

Caso exista impedimento por parentesco, servirá ao júri aquele que houver sido sorteado em primeiro lugar.

Conforme a Súmula n. 206 do Supremo Tribunal Federal, é nulo o julgamento ulterior por júri do qual participe jurado que tenha tomado parte em julgamento anterior do mesmo processo.

Na medida em que as cédulas vão sendo abertas, a defesa, e depois a acusação, podem recusar os jurados sorteados. Recusa motivada, isto é, com fundamento em impedimento ou suspeição, as partes podem fazer quantas recusas forem necessárias. Já a recusa imotivada ou peremptória, isto é, sem qualquer justificativa ou fundamento, cada parte só tem direito a três.

A recusa de jurado pode provocar a cisão do julgamento. Existindo dois ou mais réus, com diferentes defensores, se um defensor aceita um jurado e o outro o recusa, havendo aceitação desse jurado pela acusação (Ministério Público), o julgamento será cindido. Só haverá o julgamento de um réu; o outro réu terá seu julgamento adiado.

Se o jurado, aceito por um defensor e recusado por outro, também for rejeitado pelo Ministério Público, será excluído, e não haverá cisão do julgamento.

Escolhidos os sete jurados, o juiz faz a seguinte exortação: "Em nome da lei, concito-vos a examinar com imparcialidade essa causa e a proferir a vossa decisão, conforme a vossa consciência e os ditames da Justiça." Os jurados prometem e estarão compromissados. A partir desse momento, passa a vigorar a incomunicabilidade dos jurados.

A incomunicabilidade não significa mudez. Os jurados podem conversar entre si, desde que não seja sobre o processo. Não podem conversar com terceiros estranhos ao processo; a comunicação com o mundo exterior ocorre somente via oficial de justiça. Tal medida visa garantir o sigilo das votações.

2.3. Atos Instrutórios

O juiz-presidente inicia os trabalhos com o interrogatório do réu. Nesse interrogatório, além do juiz-presidente, os jurados também podem fazer perguntas ao réu.

Em seguida, o juiz elabora um relatório do processo, com os fatos, as provas e as conclusões das partes. É um resumo de todo o processo e destina-se aos jurados (art. 466 do CPP). Se requerida pelas partes, ou por jurado, o

escrivão fará a leitura das principais peças do processo (art. 466, § 1.º, do CPP). A leitura deve ser feita sem qualquer entonação.

Inicia-se a oitiva das testemunhas. Primeiro, são inquiridas as testemunhas de acusação e a vítima, se o crime foi tentado. O juiz, os jurados, a acusação (parte que arrolou) e a parte contrária fazem as perguntas. Segue-se a inquirição das testemunhas de defesa. O juiz, os jurados, a defesa (parte que arrolou) e a parte contrária fazem as perguntas. As partes fazem a inquirição da testemunha diretamente.

Após ser inquirida, a testemunha deve permanecer incomunicável até o final do julgamento, salvo se for dispensada pelas partes. Isso porque o Código de Processo Penal permite a reinquirição da testemunha a qualquer momento, até na tréplica.

2.4. Debates

Terminada a inquirição das testemunhas, o promotor lerá o libelo e os dispositivos da lei penal em que o réu se acha incurso e produzirá a acusação. Concluída a acusação, o defensor terá a palavra, para a defesa. O tempo será de duas horas para cada parte. Havendo mais de um réu, o tempo será acrescido em uma hora.

Encerrada a fala da defesa, o juiz indagará à acusação se fará uso da réplica. Em caso positivo, a defesa terá direito a tréplica. O tempo será de 30 minutos para cada um. Havendo mais de um réu, o tempo será acrescido em mais 30 minutos.

A defesa não pode inovar sua tese no momento da tréplica devido ao princípio do contraditório. Se inovar, essa tese não será quesitada.

Se a acusação for composta pelo promotor e pelo assistente de acusação, eles deverão combinar entre si a distribuição do tempo. Não havendo acordo, o juiz marcará o tempo de cada um, não excedendo o limite previsto em lei.

Apartes são as intervenções que uma parte faz na fala da outra. Não estão previstos em lei. Segundo a jurisprudência, são possíveis desde que exista concordância do orador o aparte seja de forma cordial e não vise atrapalhar o orador.

2.5. Julgamento

Após os debates, o juiz pergunta aos jurados se eles estão habilitados a julgar ou se precisam de mais esclarecimentos (art. 478 do CPP). Esses esclarecimentos devem relacionar-se somente com matéria de fato.

Em seguida, o juiz lê os quesitos e explica a significação legal de cada um. Indaga se os jurados têm algum requerimento ou alguma reclamação a fazer. O juiz, então, anuncia que vai se proceder ao julgamento, determina que o réu seja retirado e convida os demais circunstantes a deixarem a sala.

O juiz, os jurados, o promotor, o advogado, o escrivão e dois oficiais de justiça dirigem-se à sala secreta. Os jurados passam à votação dos quesitos sob a presidência do juiz. O jurado vota sim ou não, sem qualquer discussão ou fundamentação, em razão do sigilo das votações. Se a resposta a qualquer dos quesitos estiver em contradição com outra já proferida, o juiz, explicando aos jurados em que consiste a contradição, submeterá novamente à votação os respectivos quesitos. O veredicto apura-se por maioria.

2.6. Quesitação

(*Atenção*: assunto muito perguntado na fase oral!)

Quesitação é o questionário; são as perguntas feitas pelo juiz aos jurados, que deverão responder sim ou não. É elaborado com base no libelo, no contra libelo, no interrogatório e nos debates. Como no júri vige a defesa plena, todas as teses devem ser quesitadas, ainda que incompatíveis. Haverá um questionário para cada réu, e uma série de quesitos para cada crime.

Conforme a Súmula n. 156 do Supremo Tribunal Federal, é causa de nulidade absoluta do julgamento a falta de quesito obrigatório. Também a Súmula n. 162 do Supremo Tribunal Federal determina que é causa de nulidade absoluta do julgamento se os quesitos da defesa não precederem os quesitos das agravantes (a jurisprudência também inclui as qualificadoras).

A ordem dos quesitos ocorre da seguinte forma:

- Os relativos ao fato principal, ao fato imputado ao réu (autoria e materialidade).

- Os relativos à letalidade. (Exemplo: "As lesões efetuadas pelo réu foram letais, causaram a morte?" ou ânimo homicida do réu (se o crime foi tentado).

- Os relativos às teses de defesa (Súmula n. 162 do STF). Todas as teses devem ser quesitadas, na seguinte ordem:

  - teses que podem levar à desclassificação;

  - teses relativas às excludentes de ilicitude (nesse caso, deve haver quesito sobre a existência ou não do excesso doloso ou culposo);

- se alegada a legítima defesa, cada requisito deve ser quesitado,. como, por exemplo, "O réu defendia direito próprio? Defendia-se de agressão injusta? Utilizou-se dos meios necessários?".

- teses sobre o privilégio.

- Os relativos à existência de qualificadoras.

- Os relativos à existência de causas de aumento ou diminuição.

- Os relativos à existência de agravantes e atenuantes.

Observações:

- Ainda que não se alegue a existência de circunstâncias atenuantes, o juiz deverá elaborar um quesito genérico da atenuante, sob pena de nulidade absoluta. Exemplo: "Existe alguma atenuante em favor do réu?".

- Se os jurados reconhecerem que o réu agiu em legítima defesa, o juiz deve fazer os quesitos sobre o excesso. Se os jurados reconhecerem a existência do excesso, surgem dois caminhos:

  - *reconhecem o excesso culposo:* desclassificam o delito para homicídio culposo;

  - *reconhecem o excesso doloso:* continua o homicídio doloso. O juiz prossegue nos quesitos.

- Se os jurados reconhecerem a existência de privilégio, ficam prejudicados os quesitos referentes às qualificadoras subjetivas.

Reconhecido o privilégio, somente podem ser formuladas perguntas sobre as qualificadoras objetivas.

- No crime de aborto é necessário elaborar um quesito autônomo a respeito da existência da gravidez. No crime de infanticídio é necessário elaborar um quesito autônomo sobre a existência do estado puerperal.

- Em se tratando de concurso de agentes no crime de homicídio, o primeiro quesito será elaborado de forma não-individualizada. Exemplo: "Terceira pessoa efetuou os disparos?". A participação do réu só será indagada no quesito seguinte, de forma detalhada. Exemplo: "O réu é o mandante do crime? O réu é o autor intelectual do delito? O réu teve contribuição para a consumação do delito?".

2.7. Desclassificação no Júri

Se os jurados desclassificam o crime, o julgamento desse crime competirá ao juiz-presidente do júri (arts. 74, § 3.º, e 492, §2.º, do CPP).

A desclassificação pode ser:

- *própria*: ocorre quando os jurados desclassificam a infração sem estabelecer a tipificação do fato; o juiz-presidente tem liberdade para definir a infração e julgar o fato;

- *imprópria*: ocorre quando, na desclassificação pelos jurados, fica estabelecido o enquadramento do fato, cabendo ao juiz-presidente apenas a aplicação da pena.

Exemplos de desclassificação:

Quesito: O réu agiu com imprudência?

R: Sim.

Agiu com culpa, homicídio culposo. Desclassificação imprópria, ao juiz resta aplicar a pena.

Quesito: O réu iniciou a sua conduta visando um resultado que não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade?

R: Não.

O réu não tinha o *animus necandi* (dolo de matar). Desclassificação própria, o juiz vai tipificar a conduta e aplicar a pena.

P.: Se o júri absolve o réu de crime doloso contra a vida, a quem compete julgar os crimes conexos?

R.: Na doutrina predomina o entendimento que os crimes conexos serão julgados pelo júri. Se houve absolvição é porque os jurados conheceram o mérito. Se foram competentes para julgar o crime doloso, também o são para julgar os crimes conexos. Ocorre a *perpetuatio jurisdiciones* (art. 81 do CPP). Na jurisprudência, a questão é mais dividida. Há tendência a serem julgados pelo juiz-presidente em razão de aplicação analógica do art. 492, § 2.º, do Código de Processo Penal.

a) Desclassificação no júri para a infração de menor potencial ofensivo

Exemplo: tentativa de homicídio, desclassificada para lesão corporal dolosa leve ou lesão corporal culposa. Segundo a doutrina, deve-se aguardar o trânsito em julgado da desclassificação e remeter o processo ao Juizado Especial Criminal (art. 98 da CF/88). Há precedentes do Supremo Tribunal Federal acolhendo essa posição.

b) Desclassificação de crime militar

Exemplo: no júri, o advogado, sem negar a autoria, sustenta que não houve dolo eventual, mas sim culpa imprópria. O crime de homicídio culposo praticado por militar em serviço é da competência da justiça militar. A justiça comum é incompetente para julgar esse delito. Deve o juiz aguardar o trânsito em julgado da desclassificação e remeter o caso para a justiça militar, sob pena de violar regra constitucional de competência.

2.8. Sentença

"Encerrada a votação e assinado o termo referente às respostas dos quesitos, o juiz deverá proferir a sentença.

No caso de absolvição, o juiz deve colocar o réu imediatamente em liberdade, salvo se estiver preso por outro motivo."[3]

[3] CAPEZ, Fernando. *Op. cit.* p. 590

2.9. Atribuições do Juiz-presidente na Sessão de Julgamento (art. 497 do CPP)

(*Observação*: é obrigatória a leitura desse artigo antes de uma prova.)

As atribuições do juiz-presidente na sessão de julgamento são:

- regular os debates. Para isso o Código de Processo Penal lhe concede o poder de polícia;
- interromper a sessão de julgamento, por tempo razoável, para repouso ou refeição dos jurados;
- dissolver o conselho de sentença, caso constate que o réu está indefeso;
- resolver todas as questões de direito que não dependam do julgamento dos jurados (exemplos: preliminares, eventuais nulidades invocadas (quando o réu completa 70 anos, o prazo da prescrição cai pela metade);
- determinar de ofício, ou a requerimento, a realização de diligências consideradas imprescindíveis. Essas diligências, de preferência, devem ser realizadas de imediato, sem dissolver o conselho de sentença; se não for possível, deve dissolver o conselho e marcar novo júri.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

1. DAS NULIDADES

1.1. Conceito

Nulidade é a sanção cominada pelo ordenamento jurídico ao ato praticado em desrespeito às formalidades legais.

Ao estabelecer as formalidades, o legislador quer garantir que o réu tenha ciência da acusação, que seja citado regularmente e que esteja sendo a ele oferecida a oportunidade de defesa. São normas de Direito Público.

O Código de Processo Penal, em seus artigos 563 a 573, trata das nulidades. (*Atenção*: é obrigatória a leitura desses artigos antes da realização das provas.)

O artigo 564 do Código de Processo Penal apresenta o rol das nulidades; todavia, algumas nulidades relativas constantes desse rol, em razão da Constituição Federal de 1988, estão desatualizadas – deveriam ser nulidades absolutas. Além disso, as hipóteses de nulidades deveriam ser verificadas, no caso concreto, pelo juiz.

As nulidades podem ser *absolutas* ou *relativas*. Ao lado delas, existem algumas situações em que o vício é tão grave que gera a *inexistência* do ato. Em outras situações, o desatendimento da formalidade é incapaz de gerar qualquer prejuízo ou anular o ato, pois trata-se de mera *irregularidade*.

1.2. Diferenças entre Nulidades Absolutas e Relativas

1.2.1. Quanto ao fundamento

A *nulidade absoluta* ocorre quando a regra violada houver sido instituída para resguardar, predominantemente, o *interesse público*.

A *nulidade relativa* ocorre quando a regra violada houver sido instituída para resguardar, predominantemente, o *interesse das partes*.

Sempre que ocorrer a violação a um princípio constitucional, a nulidade será absoluta. Para alguns autores, se a ofensa for muito grave, o ato será inexistente.

1.2.2. Quanto ao prejuízo

A nulidade relativa exige demonstração do prejuízo.

Na nulidade absoluta, o prejuízo é presumido.

1.2.3. Quanto ao momento de argüição

A nulidade relativa deve ser argüida no momento oportuno, sob pena de preclusão. Cada procedimento tem um momento último para a argüição. Conforme o artigo 571 do Código de Processo Penal, as nulidades devem ser argüidas nos seguintes momentos:

- *Procedimento Ordinário*: até as alegações finais (inciso II).

- *Procedimento do Júri*: as que ocorrerem no sumário da culpa, até as alegações do Júri (inciso I); as que ocorrerem posteriormente, depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes (inciso V); e as do julgamento em plenário, logo depois que ocorrerem (inciso VIII).

A nulidade absoluta pode ser reconhecida a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. Exceção: conforme a Súmula n. 160 do Supremo Tribunal Federal, "é nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício".

1.2.4. Quanto ao interesse

As nulidades relativas dependem de provocação pela parte interessada, no momento oportuno.

As nulidades absolutas não precisam de provocação; o próprio juiz pode reconhecer de ofício, salvo a exceção da Súmula n. 160 do Supremo Tribunal Federal.

1.3. Inexistência e Irregularidade

Inexistência é a sanção mais grave que pode ser cominada a um ato processual. Para a doutrina, não se trata de ato processual inexistente, mas sim de um *não-ato* ou ato processual atípico por não se enquadrar no modelo legal.

Ocorre quando o ato não reúne elementos essenciais para existir. É a violação frontal da regra constitucional que gera a inexistência. Ex.: um processo por crime eleitoral que tramitou na Justiça Militar.

Para o Professor Tourinho, a violação de qualquer regra constitucional que trate de competência torna o ato inexistente. Já, para a jurisprudência, trata-se de nulidade absoluta.

Característica própria da inexistência: se o ato for inexistente, não produz efeitos, independente de declaração judicial.

Na nulidade absoluta o ato produz efeitos até que seja declarado nulo. Enquanto isso não ocorrer, produz efeitos.

Exemplos:

- *sentença sem relatório*: nulidade absoluta;
- *sentença sem fundamentação*: nulidade absoluta;
- *sentença sem dispositivo*: inexistente;
- *sentença proferida por juiz em férias ou aposentado*: inexistente, por não ter jurisdição;
- *sentença proferida por juiz suspeito*: nulidade absoluta;
- *sentença proferida por juiz impedido*: inexistente.

Ocorre irregularidade sempre que a formalidade desrespeitada for considerada inócua. Tal desrespeito é incapaz de gerar prejuízo, seja para a acusação, seja para a defesa. O ato produz seus efeitos normalmente.

Exemplos: falta de leitura do libelo no início da fala da acusação; falta de compromisso pelo perito louvado ou particular (o perito oficial é funcionário e, ao tomar posse, já assume esse compromisso); oferecimento de denúncia fora do prazo legal (5 dias para o réu preso e 15 para o solto) acarreta o relaxamento da prisão em flagrante, mas a denúncia em si é válida.

2. PRINCÍPIOS DAS NULIDADES

2.1. Prejuízo

Não há nulidade se não houver prejuízo (artigo 563 do CPP). Esse princípio aplica-se à nulidade relativa, na qual precisa ser demonstrado o prejuízo, pois, na nulidade absoluta, esse é presumido.

No processo penal, a falta de defesa acarreta a nulidade absoluta e a defesa deficiente produz nulidade relativa (ver a Súmula n. 523 do Supremo Tribunal Federal). Exemplo: réu não tem defensor constituído e o juiz não nomeia um defensor dativo, ou esse é nomeado e nada faz no processo; ; o réu fica indefeso, acarretando nulidade absoluta.

2.2. Interesse

Ninguém pode alegar nulidade que só interesse à parte contrária (artigo 565 do CPP). Esse princípio só se aplica à nulidade relativa, pois a absoluta pode ser alegada por qualquer pessoa.

Ninguém pode argüir nulidade para a qual tenha concorrido ou dado causa. Como exceção o Ministério Público pode argüir nulidades que interessem somente à defesa.

2.3. Instrumentalidade das Formas

Não se declara a nulidade de ato que não influiu na apuração da verdade real e na decisão da causa (artigo 566 do CPP) e também de ato que, apesar de praticado de forma diversa da prevista, atingiu sua finalidade (artigo 572, inciso II, do CPP).

2.4. Causalidade ou Conseqüencialidade

Segundo o artigo 573, § 1.º, do Código de Processo Penal: "A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência". Todos os atos visam a sentença; os atos processuais são entrelaçados entre si. Assim, se um ato é nulo, os demais que dele dependam também o serão.

O juiz deve declarar expressamente quais são os atos contaminados.

A Professora Ada Pellegrini Grinover estabelece duas regras úteis para saber se há contaminação dos atos subseqüentes:

- A nulidade dos atos da fase postulatória, como regra, anula todo o processo. Exemplo: nulidade na denúncia, citação.
- A nulidade de atos da fase instrutória, via de regra, não contamina os demais atos da mesma fase processual. Exemplo: laudo elaborado por um só perito.

Observação: tribunal reconhecer a nulidade relativa, ela deve ser apresentada nas alegações finais (artigo 500 do CPP). Apenas será anulada a sentença; a inquirição de testemunhas não precisa ser anulada.

2.5. Convalidação

Todas as nulidades no processo penal admitem convalidação, até mesmo as absolutas. Somente as nulidades relativas precluem se não argüidas no momento oportuno.

Entretanto, existem outras formas de convalidação além da preclusão. O Código de Processo Penal elenca três formas de convalidação:

- *Ratificação:* prevista no artigo 568 do Código de Processo Penal. É uma maneira de se convalidar a nulidade decorrente de ilegitimidade de parte. Se a parte legítima comparecer e ratificar os atos anteriormente praticados, a nulidade se convalida.

A ilegitimidade pode ser: *ad causae* ou *ad processum*.

- *Ilegitimidade ad causae*: Exemplo: o Ministério Público oferece denúncia em crime de ação penal privada.

- *Ilegitimidade ad processum*: Exemplo: a queixa na ação penal privada é apresentada pela vítima menor de 21 anos ou por um terceiro que não é o representante legal da vítima.

A ratificação só é possível na ilegitimidade *ad processum* tratando-se essa de nulidade relativa.

- *Suprimento*: de acordo com o artigo 569 do Código de Processo Penal "As omissões da denúncia ou da queixa, ... poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final." É a maneira de se convalidar possíveis omissões constantes na denúncia ou na queixa.

- *Substituição*: segundo o artigo 570 do Código de Processo Penal é a maneira de convalidar nulidades da citação, intimação ou notificação. Exemplo: réu processado é procurado em um dos seus endereços, mas não é encontrado. Em vez de procurá-lo nos demais endereços, o juiz ordena a citação por edital. No dia do interrogatório, o réu comparece para argüir a nulidade da citação. Convalesce o vício e é aberto novo prazo para apresentação da defesa. A medida deveria ter sido realizada de uma forma, mas foi substituída por outra.

3. NULIDADES EM ESPÉCIE

O artigo 564 do Código de Processo Penal apresenta os seguintes casos de nulidade:

I – Por incompetência, suspeição ou suborno do juiz;

- *Incompetência*

Competência é a medida da jurisdição.

A competência em razão da jurisdição (comum ou especializada), da hierarquia e da matéria, assim como a competência recursal, são hipóteses de competência absoluta, imodificáveis pelas partes (questões de ordem pública). A não-observância dessas regras de competência acarreta nulidade absoluta do processo; o vício não se convalida, podendo ser reconhecido a qualquer tempo, de ofício, independentemente da demonstração do prejuízo.

A competência em razão do foro territorial, por ser relativa, depende de argüição da parte, sob pena de preclusão, com a prorrogação da competência. Nesse caso, o vício é sanável.

Sendo reconhecida a incompetência relativa, serão anulados apenas os atos em que exista decisão de mérito.

- *Suspeição e suborno do juiz*

O impedimento no processo penal é gerador de inexistência e não somente de nulidade dos atos praticados. A suspeição acarreta a nulidade absoluta do ato. O juiz deve declarar-se suspeito ou impedido quando for o caso; se não o fizer, o vício pode ser argüido por qualquer das partes (artigo 112 do CPP). "Não aceitando a argüição, o juiz mandará autuar em apartado a petição; dará a sua resposta dentro de três dias, podendo instruí-la e oferecer testemunhas, e, em seguida, determinará sejam os autos da exceção remetidos, dentro de vinte e quatro horas, ao juiz ou tribunal a quem competir o julgamento (CPP, artigo 100). Julgada procedente a exceção de suspeição, ficarão nulos todos os atos praticados (CPP, artigo 101)"[1].

[1] CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal.* 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 624.

O suborno ou peita é a pratica dos crimes de concussão (artigo 316 do CP), corrupção passiva (artigo 317 do CP) e corrupção ativa (artigo 333 do CP). Também é causa geradora da nulidade absoluta do ato.

II – Por ilegitimidade de parte;

A ilegitimidade pode ser:

- *Ad Causam*: o autor não é o titular da ação ajuizada, ou o réu não pode integrar a relação jurídica processual (por ser inimputável, ou por não ter evidentemente concorrido para a prática do fato típico e ilícito). O vício jamais se convalida nesse caso; trata-se de nulidade absoluta e insanável.
- *Ad Processum*: é a falta da capacidade postulatória do querelante (exemplo: o querelante leigo assina sozinho a queixa-crime), ou é sua incapacidade para estar em Juízo (exemplo: o ofendido, menor de 18 anos, ajuíza a ação privada sem estar representado por seu representante legal). Essa nulidade pode ser sanada pela ratificação dos atos processuais (artigo 568 do CPP). Configura nulidade relativa.

III – Por falta das fórmulas ou dos termos seguintes;

a) Falta do preenchimento dos requisitos no oferecimento da denúncia ou queixa (artigo 41 do CPP), na representação do ofendido ou na requisição do Ministro da Justiça.

b) Falta de exame de corpo de delito nos delitos não-transeuntes, isto é, aqueles que deixam vestígios. “A jurisprudência não tem

pronunciado essa nulidade ante a falta do exame de corpo de delito, direto ou indireto, optando por absolver o réu, por insuficiência de provas. Entendemos, contudo, que, mesmo não tendo sido realizado o exame pericial, caso sua elaboração ainda seja possível, deve o juiz determiná-la, nos termos dos artigos 156, parte final, e 502 do Código de Processo Penal, ao invés de simplesmente proferir a decisão absolutória, sob pena de ser nula a sentença, nos termos do artigo 564, III, "b". Nesse sentido: STF, *RT* 672/388"[2].

c) Falta de nomeação de defensor ao réu presente, que não o tiver, ou ao ausente, e de curador ao réu menor de 21 anos (artigo 261 do CPP). O entendimento dominante é o de que a falta de nomeação de *curador* causa nulidade relativa; no entanto, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou em sentido contrário. A falta de nomeação de *defensor* configura nulidade absoluta.

d) Falta de intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação penal pública ou subsidiária.

e) Falta ou nulidade de citação do réu para se ver processar. A falta ou nulidade da citação ficará sanada desde que o interessado compareça antes de o ato consumar-se (artigo 570 do CPP). A citação em hora certa, no processo penal, é causa de nulidade absoluta.

f) Falta do interrogatório do acusado.

g) Falta de concessão de prazo para a defesa prévia, para o oferecimento de alegações finais, ou para a realização de qualquer ato da acusação ou da defesa.

h) Falta de sentença.

[2] CAPEZ, Fernando. *Op. cit.* p. 632.

São causas de nulidade no procedimento do Júri:

a) Falta, omissão ou irregularidade na sentença de pronúncia, no libelo ou na entrega de cópia do libelo ao réu.

b) Falta de intimação do réu para julgamento no Júri.

c) Falta de intimação de testemunhas arroladas no libelo ou na contrariedade.

d) Presença de pelo menos 15 jurados para a constituição do Júri.

e) Falta ou irregularidade no sorteio dos jurados.

f) Quebra na incomunicabilidade dos jurados.

IV – Por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

Formalidade essencial é aquela sem a qual o ato não atinge a sua finalidade. Exemplo: a denúncia que não descreve o fato com todas as suas circunstâncias.

Pelo princípio da instrumentalidade das formas, não se anula o processo por falta de formalidade irrelevante.

Observação: contra a decisão que anula o processo no todo ou em parte, em virtude de nulidade relativa ou absoluta, cabe recurso em sentido estrito (artigo 581, inciso XIII, do CPP).

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Recursos

1. RECURSOS

1.1. Introdução

O Professor Fernando Capez[1] ensina que: "recurso é a providência legal imposta ao juiz ou concedida à parte interessada, consistente em um meio de se obter nova apreciação da decisão ou situação processual, com o fim de corrigi-la, modificá-la ou confirmá-la. Trata-se do meio pelo qual se obtém o reexame de uma decisão".

1.2. Características

O recurso é meio voluntário; é extensão do direito de ação. O Poder Judiciário só atua se provocado. Ao prolatar a sentença, o órgão jurisdicional entrega a prestação tornando-se inerte. Logo, para que volte a apreciar a questão, deve ser provocado novamente com a interposição de um recurso. A inércia da jurisdição é a garantia da imparcialidade.

O princípio da voluntariedade do recurso é mitigado pelo recurso de ofício (recurso obrigatório, recurso necessário), ou seja, o juiz deve interpor recurso da decisão.

[1] CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal.* 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 384.

A natureza jurídica do reexame necessário é uma condição de eficácia da decisão, não transitando em julgado a sentença em que tiver sido omitido.

O artigo 574 do Código de Processo Penal estabelece: "Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos de ofício, pelo juiz:

I – da sentença que conceder *habeas corpus*;

II – da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do artigo 411."

Há outras hipóteses de cabimento de recurso de ofício, além das mencionadas no artigo 574 do Código de Processo Penal:

- sentenças absolutórias referentes aos crimes contra a economia popular ou a saúde pública;
- despachos que determinarem o arquivamento dos autos do inquérito policial referentes a esses crimes;
- indeferimento *in limine* da revisão pelo relator que dará recurso para as câmaras reunidas ou para o tribunal (artigo 625, § 3.º, do Código de Processo Penal);
- decisão que conceder a reabilitação.

1.3. Classificação dos Recursos

1.3.1. Quanto ao conteúdo

- *Total ou pleno*: quando se questiona toda a decisão. O órgão *ad quem* reexaminará toda a decisão.
- *Parcial ou restrito*: quando se questiona apenas parte da decisão. Será reexaminada pelo tribunal apenas a parte impugnada.

1.3.2. Quanto às fontes informativas

- *Constitucionais*: previstos pela Constituição Federal com a finalidade de levar aos tribunais superiores o conhecimento ou a defesa dos direitos fundamentais do indivíduo.
- *Legais*: previstos no Código de Processo Penal e nas leis processuais especiais.
- *Regimentais*: instituídos nos regimentos dos tribunais.

1.3.3. Quanto à motivação

- *Ordinário*: é o recurso que visa à defesa de um direito subjetivo. Baseia-se no mero inconformismo.
- *Extraordinário*: é o recurso que possui requisitos próprios, como, por exemplo, protesto por novo júri.

1.4. Pressupostos Recursais

Pressupostos recursais são os requisitos de admissibilidade que o recurso deve possuir.

1.4.1. Pressupostos objetivos

a) Cabimento

O recurso deve estar previsto em lei.

b) Adequação

Não basta que o recurso esteja previsto em lei; é necessário que seja adequado à decisão que se deseja impugnar. Esse pressuposto confere lógica ao sistema recursal.

Cada decisão, em regra, só comporta um recurso, em face da aplicação do princípio da unirrecorribilidade das decisões. Esse princípio, da irrecorribilidade das decisões, é mitigado por algumas exceções legais, como, por exemplo, protesto por novo júri pelo crime doloso contra a vida e apelação pelo crime conexo; interposição simultânea de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal e de recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça.

P.: Qual a conseqüência para a parte que interpõe recurso incorreto?

R.: O recurso, ainda que inadequado, pode ser recebido e conhecido pelo princípio da fungibilidade. É exceção ao princípio da adequação (artigo 579 do Código de Processo Penal). Portanto, o recurso, mesmo equivocado, deve ser oferecido dentro do prazo correto e que não esteja de má-fé o recorrente.

c) Regularidade formal

O Código de Processo Penal estabelece a forma segundo a qual o recurso deve ser interposto. São formalidades legais para o recurso ser recebido. Ex.: a apelação pode ser interposta por petição ou por termo nos autos.

d) Tempestividade

O recurso deve ser interposto no prazo legal. Os prazos começam a correr a partir do primeiro dia útil após a intimação, e, conforme prevê a Súmula n. 310 do Supremo Tribunal Federal: "quando a intimação tiver lugar na sexta-feira, ou a publicação com efeito de intimação for feita nesse dia, o prazo judicial terá início na segunda-feira imediata, salvo se não houver expediente, caso em que começará no primeiro dia útil que se seguir".

No caso de carta precatória, o prazo é contado a partir da juntada da carta aos autos do processo.

e) Ausência de fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer

Fatos impeditivos são aqueles que impedem a interposição do recurso ou seu recebimento, quais sejam:

- *Renúncia*: é ato de disposição, ou seja, abre-se mão do direito de recorrer. É diferente de deixar escoar o prazo sem interpor recurso. Na renúncia há manifestação expressa nesse sentido.

O Ministério Público não pode renunciar.

A renúncia antecipa o trânsito em julgado.

P.: Em sentença condenatória, o defensor e o réu têm de ser intimados da sentença e ambos podem interpor recurso. Se houver divergência de vontades, um deles quer renunciar e o outro não, qual prevalece?

R.: Na doutrina, prevalece entendimento de que a vontade do acusado deve prevalecer sobre a do defensor. Na jurisprudência, sustenta-se que prevalece a vontade técnica do defensor. Há, no entanto, entendimento que sustenta prevalecer a vontade daquele que quer recorrer, com base na garantia da ampla defesa.

- *Não recolhimento à prisão nos casos previstos em lei* (artigo 594 do Código de Processo Penal).

Fatos extintivos são fato supervenientes à interposição do recurso:

- *Desistência*: é ato de disposição, porém sempre posterior à interposição do recurso. O Ministério Público não pode desistir dos recursos interpostos (artigo 576 do Código de Processo Penal).

- *Deserção*: ato de abandonar o recurso. Pode ocorrer pelo não pagamento das custas processuais (artigo 806, § 2.º, do Código de Processo Penal).; ou pela fuga do réu no caso de apelação, sempre quando for negada a possibilidade de apelar em liberdade.

1.4.2. Pressupostos subjetivos

a) Legitimidade

A legitimidade refere-se às partes legítimas para interposição do recurso (artigo 577 do Código de Processo Penal).

b) Interesse jurídico

O interesse deriva da sucumbência. A sucumbência ocorre sempre que a parte teve frustrada alguma expectativa legítima. Estabelece o parágrafo único do artigo 577 do Código de Processo Penal: “não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão”.

2. APELAÇÃO

2.1. Conceito

O Professor Fernando Capez[2] ensina que apelação é: “recurso interposto da sentença definitiva ou com força de definitiva, para a segunda instância, com o fim de que se proceda ao reexame da matéria, com a conseqüente modificação parcial ou total da decisão”.

2.2. Classificação

2.2.1. Quanto à extensão

- *Ampla ou plena:* devolve o conhecimento pleno de toda a matéria decidida.
- *Restrita, limitada ou parcial*: impugna tópicos da sentença; pede-se apenas o reexame de parte da decisão.

O que fixa a extensão da apelação é o ato de interposição. Caso isso não ocorra entende-se que a apelação foi total.

2.2.2. Quanto ao procedimento

- *Ordinária:* ocorre nos casos de apelação de crimes punidos com reclusão (artigo 613 do Código de Processo Penal).

[2] *Op. cit.* p. 403.

- *Sumária:* ocorre nas contravenções e nos crimes punidos com detenção.

2.3. Hipóteses de Cabimento da Apelação

2.3.1. Decisões proferidas por juiz singular

São hipóteses em que cabe a apelação:

- decisões definitivas de condenação ou absolvição;
- decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no artigo 581 do Código de Processo Penal, pois a apelação tem caráter subsidiário;

P.: Todas as decisões condenatórias e absolutórias são apeláveis?

R: O fato de serem apeláveis não significa que são sinônimos de recorríveis. Todas as decisões condenatórias e absolutórias são recorríveis, mas nem todas apeláveis. A decisão de absolvição sumária no júri é recorrível mediante recurso em sentido estrito e não apelação (artigo 581, inciso VI, do Código de Processo Penal).

2.3.2. Decisões proferidas pelo júri (artigo 593, inciso III, §§ 1.º a 3.º, do Código de Processo Penal)

Nas decisões proferidas pelo júri, a apelação é cabível se prevista em uma das hipóteses do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal:

- *Nulidade posterior à pronúncia*: a nulidade posterior, se relativa, o momento de arguição é imediatamente depois de anunciado o

julgamento e apregoada as partes. Se o tribunal reconhecer a nulidade anula o ato e todos os demais dele decorrente (artigo 571, inciso VI, do Código de Processo Penal). Se a nulidade relativa tiver ocorrido durante o julgamento, o protesto deve ser feito logo após a sua ocorrência, sob pena de ser convalidada (artigo 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal).

- *Decisão contrária à letra expressa da lei ou à decisão dos jurados.*
- *Quando houver erro ou injustiça na aplicação da pena ou medida de segurança*.
- *Decisão dos jurados manifestamente contrária a prova dos autos:* decisão arbitrária. Essa apelação só é cabível uma vez.

2.4. Artigo 593, § 4.º, do Código de Processo Penal

Quando de parte da decisão for cabível apelação e de outra parte for cabível recurso em sentido estrito, o único recurso cabível será a apelação, ainda que se recorra somente de parte da decisão. A apelação absorve o recurso em sentido estrito.

2.5. Apelação na Lei n. 9.099/95

Hipóteses de cabimento:

- sentença do procedimento sumaríssimo;
- sentença homologatória da transação penal;
- rejeição da denúncia ou da queixa no procedimento sumaríssimo.

O prazo dessa apelação é de 10 dias para a interposição e apresentação das razões de apelação.

2.6. Efeitos da Apelação no Código de Processo Penal

Os efeitos da apelação no Código de Processo Penal são:

- *Devolutivo* (tantum devolutum quantum appellatum)*:* o Judiciário irá reexaminar a decisão; devolve-se o conhecimento da matéria à instância superior.
- *Suspensivo:* efeito que impede que a decisão proferida produza efeitos, que seja eficaz. Obsta os efeitos da sentença.
- *Regressivo:* efeito que permite ao próprio órgão prolator da decisão reexaminá-lo. Permite o juízo de retratação. A apelação do Código de Processo Penal não tem efeito regressivo.
- *Extensivo:* todos os recursos nos processos penais têm esse efeito (artigo 580 do Código de Processo Penal). A decisão proferida no recurso interposto por um co-réu beneficia os demais que não recorreram, salvo se o recurso for fundado em motivos de ordem pessoal.

2.7. Reformatio in Pejus

A *reformatio in pejus* é a situação na qual o réu tem a sua situação prejudicada em razão de recurso exclusivo da defesa. A *reformatio in* pejus é

proibida com base no princípio do *"tantum devolutum quantum appellatum"*, segundo o qual só é devolvido ao tribunal o pedido recursal. O tribunal só pode reexaminar o que foi pedido. Ex.: a defesa recorre pedindo a absolvição. O tribunal nega a absolvição e coloca uma agravante.

O artigo 617 do Código de Processo Penal proíbe expressamente a *reformatio in pejus*.

2.7.1. Reformatio in pejus *indireta*

Segundo ensinamento do Professor Fernando Capez[3]: "anulada sentença condenatória em recurso exclusivo da defesa, não pode ser prolatada nova decisão mais gravosa do que a anulada. Por exemplo: réu condenado a um ano de reclusão apela e obtém a nulidade da sentença; a nova decisão poderá impor-lhe, no máximo, a pena de um ano, pois do contrário o réu estaria sendo prejudicado indiretamente pelo seu recurso. Este é o entendimento pacífico do STF (*RTJ* 88/1018 e 95/1081).

(...)

Obs.: No caso de a sentença condenatória ter sido anulada em virtude de recurso da defesa, mas, pelo vício da incompetência absoluta, a jurisprudência não tem aceitado a regra da proibição da *reformatio in pejus* indireta (...)".

[3] *Op. cit.* p. 419.

2.7.2. Reformatio in pejus *no júri*

A lei que proíbe a *reformatio in pejus* (artigo 617 do Código de Processo Penal) não pode prevalecer sobre o princípio constitucional da soberania dos veredictos.

Anulado o júri, em novo julgamento, os jurados poderão proferir qualquer decisão.

Se o réu foi pronunciado e condenado por homicídio simples, a defesa interpõe apelação. O tribunal dá provimento e anula o primeiro julgamento. No segundo julgamento o júri condena por homicídio qualificado. Houve *reformatio in pejus*, a pena aumentou só por recurso da defesa, e, no caso, *reformatio in pejus* indireta.

2.8. *Reformatio in Mellius*

A *reformatio in mellius* ocorre quando o tribunal melhora a situação do réu em recurso exclusivo da acusação.

Parte da doutrina sustenta que é possível a *reformatio in mellius,* com base no próprio artigo 617 do Código de Processo Penal, que apenas proíbe a *reformatio in pejus*.

2.9. Processamento da Apelação

O prazo para a interposição da apelação, segundo o Código de Processo Penal, como regra é de cinco dias, salvo para o assistente de acusação não-habilitado, pois o Supremo Tribunal Federal manteve posicionamento no sentido de que o prazo é de cinco dias, a contar da intimação, para assistente

habilitado, e 15 dias, após o vencimento do prazo para o Ministério Público apelar, para o não-habilitado.

A apelação é interposta por termo ou petição, no juízo que proferiu a decisão. Ele fará o exame do preenchimento dos pressupostos recursais. Se o juiz denegar a apelação ou a julgar deserta, caberá recurso em sentido estrito (artigo 581, inciso XV, do Código de Processo Penal).

Interposta a apelação, o apelante e, depois dele, o apelado terão o prazo de oito dias cada um para oferecer razões (exceto nos processos de contravenção em que o prazo será de três dias).

Após a apresentação das razões ou contra-razões do Ministério Público, se houver assistente, este arrazoará, no prazo de três dias.

Se a ação penal for movida pelo ofendido, o Ministério Público oferecerá suas razões, em seguida, pelo prazo de três dias.

Com as razões ou contra-razões, podem ser juntados documentos novos.

O artigo 576 do Código de Processo Penal estabelece que: "O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto".

Inexiste juízo de retratação na apelação.

É praticamente pacífico que a apresentação tardia das razões de apelação não impede o conhecimento do recurso.

2.10. Artigo 600, § 4.º, do Código de Processo Penal

O § 6.º do artigo 600 do Código de Processo Penal estabelece que: "Se o apelante declarar, na petição ou no termo, ao interpor a apelação, que deseja

arrazoar na superior instância serão os autos remetidos ao tribunal *ad quem* onde será aberta vista às partes, observados os prazos legais, notificadas as partes pela publicação oficial”.

O apelante pode requerer a apresentação das razões no tribunal.

1. DOS RECURSOS (II TOMO)

1.1. Recurso em Sentido Estrito (art. 581 e ss. do CPP)

O recurso em sentido estrito é interposto em primeira instância e classifica-se em:

- *Recurso em sentido estrito* pro et contra: o recurso é cabível em ambas as hipóteses de sucumbência. Exemplos: artigo 581, inciso IV, do Código de Processo Penal - da pronúncia ou impronúncia; artigo 581, inciso X, do Código de Processo Penal - da decisão que concede ou nega *habeas corpus*.

- *Recurso em sentido estrito* secundum eventum litis: o recurso só é admitido em uma das hipóteses de sucumbência. Ex.: artigo 581, inciso I, do Código de Processo Penal - da decisão que rejeita a denúncia ou a queixa (se houver *recebimento*, não cabe recurso).

1.1.1. Hipóteses de cabimento

O artigo 581 traz o rol de cabimento do recurso em sentido estrito. Esse rol é taxativo?

A doutrina e a jurisprudência tradicionais consideram esse rol como taxativo. De uns tempos para cá está ocorrendo uma leve flexibilização na interpretação do rol do artigo 581 do Código de Processo Penal. Isso porque

esse diploma é de 1941, e o rol do recurso em sentido estrito não acompanhou as mudanças por ele sofridas. Tal fato vem motivando o entendimento de que, ainda que o rol seja taxativo, admite-se a interpretação extensiva e a aplicação analógica.

Ex.: A jurisprudência majoritária entende ser cabível recurso em sentido estrito da decisão que suspende o processo nos termos do artigo 366 por analogia ao inciso XVI do artigo 581, ambos do Código de Processo Penal.

Segundo o rol do artigo 581 do referido diploma, caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

I) Que não receber a denúncia ou a queixa

Se o juiz recebe a denúncia, cabe *habeas corpus*. Se rejeita, cabe recurso em sentido estrito.

Rejeitada denúncia de crime previsto na Lei n. 9099/95 cabe apelação no prazo de dez dias.

Tratando-se de crime previsto na Lei n. 5.250/67, se o juiz *recebe* a denúncia ou a queixa, cabe recurso em sentido estrito; se *rejeita*, cabe apelação no prazo de cinco dias.

É necessário intimação do acusado para apresentar contra-razões, no caso do recurso em sentido estrito, pelo fato do juiz não receber a denúncia?

O Código de Processo Penal não exige essa providência. Houve quem sustentasse a aplicação do Código de Processo Civil subsidiariamente, pois, antes da reforma do Código de Processo Civil em 1994, o acusado era intimado para contra-razoar. Hoje, com a reforma do Código de Processo Civil, não se aplica mais essa regra.

II) Que concluir pela incompetência do juízo

Nesse caso, o juiz reconhece de ofício a incompetência.

“Para parte da doutrina, da sentença que desclassifica o crime de competência do Júri, para crime não doloso contra a vida, cabe recurso em sentido estrito com base nesse fundamento, pois o juiz está, na verdade, concluindo pela incompetência do Júri.”[1]

III) Que julgar procedentes as exceções, salvo a de suspeição

A decisão a respeito da exceção de suspeição é irrecorrível. As exceções podem ser de: litispendência, coisa julgada e ilegitimidade de parte.

Esse inciso trata de recurso em sentido estrito *secundum eventum litis*. Só são recorríveis as decisões que julgarem procedentes as exceções.

IV) Que pronunciar ou impronunciar o réu

V) Que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante

A cassação ocorre quando se verifica que a fiança anteriormente concedida não era cabível.

[1] CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal.* 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

Fiança inidônea é aquela prestada – por engano – em quantia insuficiente ou cujo valor se depreciou com o tempo, havendo necessidade de ser reforçada, sob pena de ficar sem efeito.

Atenção: lembre-se que em 90% dos casos referentes à fiança o recurso cabível é o recurso em sentido estrito. E, nos casos de prisão e liberdade provisória, lembre-se que só cabe o recurso em sentido estrito quando a acusação for sucumbente; se a defesa for sucumbente não cabe.

VI) Que absolver o réu sumariamente

Trata-se da única sentença absolutória que não é apelável.

VII) Que julgar quebrada a fiança ou perdido o seu valor

A quebra da fiança ocorre quando (arts. 328 e 341 do CPP):

- o réu descumpre as obrigações às quais se submete;
- pratica outra infração penal na vigência do benefício.

Artigo 343 do Código de Processo Penal: “O quebramento da fiança importará a perda de metade do seu valor e a obrigação, por parte do réu, de recolher-se à prisão, prosseguindo-se, entretanto, à sua revelia, no processo e julgamento, enquanto não for preso”.

A perda do valor se dá quando o réu condenado não se recolhe à prisão (art. 344 do CPP).

VIII) Que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade

IX) Que indeferir o pedido de reconhecimento da prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade

Exceção: durante a fase de execução, o recurso cabível será o agravo (art. 197 da LEP).

X) Que conceder ou negar a ordem de habeas corpus

Atenção: o dispositivo refere-se somente à decisão do juiz de primeirainstância. Normalmente, o *habeas corpus* é julgado no tribunal. Do acórdão denegatório de *habeas corpus* proferido pelos Tribunais Regionais Federais e pelos tribunais dos Estados cabe recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça. Se a sentença concede o *habeas corpus,* há o reexame necessário.

XI) Revogado pela Lei de Execução Penal

XII) Revogado pela Lei de Execução Penal

XIII) Que anular o processo da instrução criminal, no todo ou em parte

XIV) Que incluir jurado na lista geral ou desta o excluir

Atenção: nesse caso, o prazo para interposição do recurso em sentido estrito é de 20 dias. A legitimidade é de qualquer do povo. O órgão competente para o julgamento é o presidente do Tribunal de Justiça.

XV) Que denegar a apelação ou julgar deserta

XVI) Que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial

XVII) Revogado pela Lei de Execução Penal

XVIII) Que decidir o incidente de falsidade

É a decisão – definitiva – que julga o incidente de falsidade documental.

O recurso em sentido estrito disposto nesse inciso é *pro et contra*.

XIX ao XXIII) Revogados pela Lei de Execução Penal

XXIV) Esse inciso já estava revogado pela Lei de Execução Penal. Atualmente, em virtude da Lei n. 9.268/96, nem o juiz das execuções pode proferir decisão convertendo a multa em prisão.

1.1.2. Efeito do recurso em sentido estrito

a) *Devolutivo*: todos os recursos têm esse efeito; a decisão é reapreciada.

b) *Suspensivo*: como regra, o recurso em sentido estrito não possui efeito suspensivo, salvo o artigo 584 do Código de Processo Penal. Assim, o recurso em sentido estrito terá efeito suspensivo se interposto contra:

- decisão que denegue conhecimento à apelação ou a julgue deserta;
- decisão que declare perdido o valor da fiança;
- decisão de pronúncia apenas no tocante ao julgamento do réu pelo júri;
- decisão que determine quebra da fiança somente no tocante a perda da metade de seu valor.

c) *Regressivo*: o recurso em sentido estrito permite ao órgão prolator da decisão que se retrate.

d) *Extensivo*: o recurso em sentido estrito possui esse efeito (art. 580).

1.1.3. Processamento do recurso em sentido estrito

O prazo para interposição do recurso em sentido estrito, em regra, é de cinco dias (art. 586 do CPP). Exceções:

- 15 dias, no caso de recurso contra pronúncia interposto pelo assistente de acusação não-habilitado nos autos;

- 20 dias, contra a decisão que inclui ou exclui jurado da lista-geral (art. 586, par. ún., do CPP).

Se o recurso em sentido estrito não for recebido, contra essa decisão é cabível a carta testemunhal.

Se o recurso em sentido estrito for recebido, intima-se o recorrente para apresentar as razões e o recorrido para apresentar as contra-razões.

O juiz vai então reexaminar sua decisão podendo mantê-la ou se retratar. Caso ele mantenha a sua decisão, o recurso sobe para o tribunal competente; caso ele se retrate, intima as partes da nova decisão.

O prazo para a apresentação das razões, contra-razões e retratação é sempre de dois dias.

Em segunda instância o recurso em sentido estrito segue o rito da apelação sumária.

O prejudicado com a retração pode interpor recurso cabível no prazo de cinco dias e o recurso subirá diretamente ao tribunal, independentemente de razões ou contra-razões (art. 589, par. ún., do CPP).

A nova decisão pode não ser impugnada por recurso em sentido estrito.

Ex.: se o juiz indefere um requerimento de prisão preventiva, oMinistério Publico interpõe recurso em sentido estrito. O juiz retrata-se e defere a prisão. As partes são intimadas. A defesa só pode impetrar *habeas corpus*, mas não recurso em sentido estrito.

O recurso em sentido estrito poderá subir nos próprios autos do processo ou em autos apartados. Nesse último caso, faz um instrumento que será examinado pelo tribunal.

O recurso em sentido estrito sobe nos próprios autos nos seguintes casos (art. 583 do CPP):

- quando interpostos de ofício;
- nos casos do artigo 581, incisos I, III, IV, VI, VIII e X;
- quando o recurso não prejudicar o andamento do processo.

2. PROTESTO POR NOVO JÚRI (ARTS. 607 E 608 DO CPP)

O protesto por novo júri possui as seguintes características:

- é um recurso exclusivo das decisões do júri;
- é um recurso exclusivo da defesa;
- só pode ser interposto uma vez;
- é um recurso que dispensa a fundamentação;
- é interposto perante o juiz-presidente julgado por ele mesmo.

Hipótese de cabimento: o protesto por novo júri será cabível sempre que houver condenação a uma pena de reclusão igual ou superior a *20 anos* por um só crime, segundo entendimento da doutrina e da jurisprudência.

Obs. : cabe protesto por novo júri quando a pena imposta for em grau de apelação? Está em vigor o artigo 607, § 1.º, do Código de Processo Penal?

Pelo artigo 607, § 1.º, do Código de Processo Penal não cabe o protesto por novo júri quando a pena imposta for em grau de apelação. Esse artigo faz, todavia, uma remição expressa ao artigo 606 do mesmo diploma, artigo esse revogado desde 1948. Em razão disso, a posição dominante entende que a revogação expressa do artigo 606 do Código de Processo Penal produziu a revogação tácita do artigo 607, § 1.º. A posição minoritária (Professor Tourinho) afirma que o artigo 607, § 1.º, está em vigor, pois sua regra é compatível com os demais dispositivos do Código de Processo Penal: quando da revogação do artigo 606 do Código de Processo Penal a regra nele contida foi deslocada para o artigo 593 do Código de Processo Penal; logo, onde está escrito artigo 606, leia-se artigo 593 e parágrafos do Código de Processo Penal. Para tal corrente não se trata de revogação, mas sim de uma remição não atualizada.

2.1. Concurso de Crimes

Atenção: assunto muito abordado em concursos públicos.

Concurso material: se a pena igual ou superior a 20anos resultar de concurso material, não será cabível protesto (as penas devem ser consideradas isoladamente para o protesto).

Crime continuado e concurso formal: se a pena igual ou superior a 20 anos resultar de concurso formal e crime continuado, admite-se o protesto. Entende-se que em tais situações prevalece a unidade da conduta ou a ficção legal.

2.2. Processamento

O prazo de interposição é de cinco dias.

É interposto perante o juiz-presidente. O juiz-presidente pode admitir o protesto ou indeferi-lo.

Se o juiz admite o protesto, desde logo marca novo júri. Não há apresentação de razões ou contra-razões.

No novo julgamento não poderão fazer parte do Conselho de Sentença os jurados que já tenham tomado parte no julgamento anterior (art. 607, § 3.º, do CPP). A Súmula n. 206 do Supremo Tribunal Federal estende essa regra a qualquer caso de novo julgamento.

Da decisão que indefere o protesto, qual a medida cabível?

São duas as posições:

- *Carta Testemunhável*: esse recurso destina-se a promover o reexame do recurso indeferido.
- *Habeas Corpus*: corrente defendida pelos Professores Vicente Greco e Frederico Marques. Essa corrente entende não ser cabível a carta testemunhável pelo fato do seu rito ser o mesmo do recurso indeferido. No protesto, a carta seria interposta no próprio juízo e por ele mesmo analisado. Para ser reexaminado pelo órgão superior é necessário impetrar *habeas corpus*.

2.3. Artigo 607, § 2.º, do Código de Processo Penal

O pedido de protesto por novo júri provocará a revisão da decisão. Dessa forma ele invalida qualquer outro recurso interposto, mesmo que seja recurso da acusação.

2.4. Artigo 608 do Código de Processo Penal

O protesto suspende a apelação até que haja o segundo julgamento. Isso acontece se o réu for condenado por outro crime que não caiba protesto. Após a decisão do segundo julgamento, julga-se a apelação.

Atenção: nesse caso, a defesa poderia apenas interpor o protesto, aguardar o novo julgamento e depois apelar de tudo?

Não, porque se assim fizer, o crime em que não cabe o protesto transitará em julgado; por isso a necessidade de se interpor o protesto e a apelação.

3. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

O artigo 382 do Código de Processo Penal trata dos embargos de declaração contra a sentença. São os chamados "embarguinhos".

Os artigos 619 e 620 do Código de Processo Penal tratam dos embargos de declaração contra acórdão.

É possível a interposição dos "embarguinhos" também contra decisão interlocutória.

Toda decisão, sentença ou acórdão para ser impugnada por embargos de declaração tem de ser omissa, contraditória, ambígua ou obscura.

O prazo para interposição dos embargos de declaração é de dois dias. Interposto os embargos de declaração, aplica-se o Código de Processo Civil subsidiariamente, isto é, interrompe-se o prazo dos demais recursos.

P.: É necessário a oitiva da parte contrária nos embargos de declaração?

R.: A jurisprudência dominante estabelece que a oitiva da parte contrária é providência desnecessária, salvo quando os embargos tiverem caráter infringente, isto é, efeito modificativo.

P.: Os embargos de declaração podem ter efeito modificativo?

R.: Sim, principalmente nos casos em que os embargos de declaração visarem sanar omissão.

P.: Cabe embargos de declaração de embargos de declaração?

R.: Sim, desde que o segundo embargo vise suprir omissão da decisão do primeiro embargo.

P.: Qual o recurso cabível quando o juiz não acolhe os embargos?

R.: Embargos em primeira instância: a parte deve argüir em preliminar de apelação o equívoco da sentença. Embargos em segunda instância: contra acórdão, cabe agravo regimental.

3.1. Embargos de Declaração na Lei n. 9.099/95

Os embargos de declaração serão opostos nesse caso, no prazo de cinco dias. Opostos por escrito ou oralmente. Nesse caso, os embargos de declaração *suspendem* o prazo para os demais recursos.

4. EMBARGOS INFRINGENTES E EMBARGOS DE NULIDADE

Embargos de nulidade é o nome dado aos embargos infringentes quando a divergência for relativa à decretação ou não de nulidade processual.

Os embargos só têm cabimento contra acórdão não unânime.

O voto vencido pode divergir total ou parcialmente. Se for parcial, somente quanto ao tópico em que ocorreu a divergência serão interpostos os embargos.

A divergência se apura quanto à conclusão do voto e não quanto a sua fundamentação.

No processo penal, os embargos infringentes configuram recurso exclusivo da defesa. Assim, se dois votos absolvem e um voto condena o réu, a acusação foi sucumbente e não cabe embargos infringentes.

Atenção: é necessário que o acórdão se refira ao julgamento de uma apelação ou recurso em sentido estrito.

Não cabe embargos infringentes de decisão não unânime em *habeas corpus*.

Processamento:

- interposição em 10 dias;
- oitiva do querelante ou do assistente de acusação se houver – também em 10 dias;
- parecer do Procurador-Geral de Justiça;
- parecer do relator;
- parecer do revisor.

O relator e o revisor não podem ter participado do primeiro julgamento.

O relator e o revisor do primeiro julgamento podem modificar a sua decisão. Isso porque a turma julgadora é composta de cinco desembargadores: três desembargadores que proferiram a primeira decisão e o relator e o revisor. Dessa forma, podem manter ou reformar a primeira decisão. Logo, os embargos infringentes têm efeito regressivo, diante da possibilidade da mudança de voto de quem já votou.

4.1. Embargos Infringentes nos Tribunais Superiores

- No Superior Tribunal de Justiça não cabe embargos infringentes. Nesse tribunal, só cabem embargos de declaração e divergência.
- No Supremo Tribunal Federal há embargos infringentes no âmbito penal no prazo de 15 dias. Cabe em três casos:
  - acórdão não unânime em ação penal julgada procedente;
  - acórdão que julga improcedente revisão criminal;
  - acórdão denegatório de recurso criminal ordinário (art. 102, inc. II, da CF).

5. CARTA TESTEMUNHÁVEL

A carta testemunhável surgiu na época do Brasil-Colônia: duas testemunhas comprovavam que o recurso havia sido interposto.

As partes são chamadas :

- *testemunhante*: parte que interpõe a carta.
- *testemunhado*: juízo que indeferiu o seguimento, o processamento do recurso.

É cabível quando for denegado seguimento a recurso, não importando o motivo da denegação.

Tem caráter residual. Só será cabível se não existir nenhuma outra medida expressamente prevista para isso.

Exemplos:

- *Decisão denega apelação*: interpõe-se recurso em sentido estrito;
- *Decisão denega recurso em sentido estrito*: interpõe-se a carta testemunhável;
- *Decisão denega protesto por novo júri*: para alguns, cabe a carta testemunhável; para outros o *habeas corpus*;
- *Decisão denega embargos de declaração em primeira instância*: preliminar de apelação;
- *Denega embargos de declaração em segunda instância:* agravo regimental;
- *Agravo em Execução*: carta testemunhável.

5.1. Processamento

O prazo para a interposição da carta testemunhável é de 48 horas. Conta-se o prazo de minuto a minuto. O termo inicial para a interposição é a partir da intimação desfavorável. Na prática, é impossível determinar o minuto inicial. Contam-se dois dias.

É interposto perante o escrivão. O escrivão é quem forma o instrumento. Trata-se de função burocrática. Se ele se omite, fica sujeito a uma pena funcional de suspensão por 30 dias.

Formando o instrumento, o escrivão deve entregar a carta ao testemunhante. Após isso, segue-se o rito do recurso indeferido. No tribunal, segue-se o rito da apelação sumária.

Chegando ao tribunal, o disposto no Código de Processo Penal permite que o mesmo, caso dê provimento à carta, admita o recurso indeferido e o julgue no mérito, desde que a carta esteja devidamente instruída. É economia processual. O próprio tribunal pode julgar no mérito.

Obs.: fim dos recursos no processo penal. A seguir estão algumas ações impugnativas de decisão.

6. REVISÃO CRIMINAL

Os processualistas mais antigos, baseados no Código de Processo Civil, o chamavam de recurso *sui generis*. Mas não é um recurso. É uma ação impugnativa autônoma. Instaura-se nova relação jurídica processual com o seu ajuizamento. Não tem prazo de interposição. Seu pressuposto é a decisão transitada em julgado.

É ação rescisória de coisa julgada penal, mas difere da ação rescisória civil.

- Ação rescisória:
  - prazo – preclusivo – 2 anos;
  - pode ser ajuizada pelo autor, pelo réu ou por terceiros prejudicados.

- Revisão Criminal:

- não há prazo para interposição;
- só pode ser ajuizada pela defesa;
- é sempre pró-réu.

Se houve erro judicial que beneficiou o réu e transitou em julgado, essa decisão não pode ser rescindida.

No pólo ativo figura o próprio réu pessoalmente (não precisa de advogado) ou o procurador do réu (alguém em seu nome). Não é necessário procuração com poderes especiais. Se o réu já faleceu, podem ingressar o cônjuge, o ascendente, o descendente ou o irmão do mesmo. Nesse último caso, tutela-se o *status dignitatis*, isto é, a honra, a moral do réu.

Para assegurar o *status dignatis* é possível entrar com revisão criminal:

- quando o réu já faleceu;
- quando o réu já cumpriu a pena.

P.: Se, no curso da revisão criminal, o réu morre quem assume a ação?

R.: O Código de Processo Penal estabelece que o presidente do tribunal deve nomear um curador para prosseguir na ação. Esse curador pode ser o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

P.: O Ministério Público pode figurar no pólo ativo?

R.: Há polêmica na doutrina quanto ao assunto. Para a Professora Ada Pellegrini Grinover, sim. Mas a posição dominante na doutrina e na jurisprudência é a de que não. O Ministério Público pode impetrar *habeas corpus*, mas não revisão criminal.

Ao Ministério Público cabe ocupar o pólo passivo na revisão criminal em defesa da coisa julgada.

P.: Quais são os fundamentos possíveis da revisão criminal? Qual é a causa de pedir?

R: Conforme o artigo 621 do Código de Processo Penal são fundamentos:

a) Quando a decisão for contrária à letra expressa da lei ou contrária à evidência dos autos. Nesse caso, a contrariedade precisa ser marcante, facilmente perceptível.

Atenção: se no final do julgamento da revisão criminal não se chega a uma certeza, tendo-se apenas uma probabilidade da inocência, qual a solução?

Na revisão criminal vigora o princípio do *in dubio pro societati*. Na dúvida, a revisão será julgada improcedente.

Não cabe revisão criminal quando houver uma mudança na interpretação dos tribunais. A contrariedade é somente a texto expresso de lei.

b) Quando a decisão se fundar em depoimentos, documentos ou exames falsos. Devem ser comprovadamente falsos. Exige-se a prova pré-constituída da falsidade do depoimento, documento ou exame.

P.: Como o requerente consegue uma prova pré-constituída?

R.: É possível que o autor dos crimes (do falso testemunho) tenha sido condenado. Junta-se a cópia da decisão, da condenação ou por meio de justificação criminal. Segue o rito do Código de Processo Civil. É com base nele que no Juízo Penal a justificação é ajuizada.

c) Quando surgirem provas novas de inocência do réu ou causa de diminuição de pena.

O pedido da revisão criminal é a rescisão da coisa julgada ou a correção da injustiça.

O tribunal possui juízo rescindente e rescisório.

Obs.: quando se reconhece na revisão criminal alguma nulidade processual o tribunal limita-se a rescindir a coisa julgada. O processo é anulado. O juiz de primeiro grau retomará o processo. Haverá nova sentença, salvo se ocorreu a prescrição.

P.: E a *reformatio in pejus*?

R.: A nova sentença não pode ser mais gravosa para o réu do que a sentença rescindida. É a proibição da *reformatio in pejus* indireta.

P.: Sempre é possível o pedido de indenização por erro judiciário?

R.: Em alguns casos não. O autor da revisão precisa pedir expressamente. Não é um efeito da revisão. Não é possível o pedido de indenização nos seguintes casos:

- quando o réu de alguma forma colaborou na produção do documento falso;
- quando o réu colaborou com a ocultação da prova.

Se o autor da ação limitar-se a pedir a diminuição da pena, nada impede que o tribunal, se for o caso, absolva-o. Mas cabe ressaltar que no julgamento da revisão vigora o princípio *in dubio pro societati*.

P.: É possível o ajuizamento de segunda revisão criminal?

R.: O ajuizamento só será possível se tiver outro fundamento.

Obs.: não cabe revisão criminal de decisão de pronúncia. Não há coisa julgada material.

6.1. Competência

Cada tribunal é competente para o julgamento de seus próprios julgados. Se a decisão condenatória transitou em julgado na primeira instância, a revisão criminal deve ser ajuizada no tribunal que tem competência recursal para aquela matéria.

6.2. Procedimento

A revisão criminal é uma ação. Inicia-se com o oferecimento da petição inicial, acompanhada da certidão do trânsito em julgado e de algum documento que comprove as alegações do autor. A prova é sempre pré-constituída, conforme o artigo 625, § 1.º, do Código de Processo Penal.

É encaminhada ao presidente do tribunal, o qual pode indeferi-la liminarmente. Se não indeferir, ele encaminha a um relator; este também pode indeferi-la liminarmente.

O Procurador-Geral dá um parecer em dez dias. É uma contestação defende a coisa julgada.

A revisão volta para receber os pareceres do relator e do revisor, no prazo de dez dias para cada. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, o relator e o revisor não podem ter proferido nenhuma decisão no processo originário.

A revisão é julgada.

6.3. Recursos

- Do indeferimento liminar da revisão criminal cabe recurso inominado – em São Paulo esse recurso é o agravo regimental.
- Do acórdão que julga a revisão criminal cabe recurso especial ou recurso extraordinário.

Obs.: cabe embargos infringentes do acórdão não-unânime que julga revisão criminal?

Segundo o Código de Processo Penal não cabe. Exceção: cabe na revisão criminal julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal.

P.: Cabe revisão criminal para rescindir sentença absolutória?

R.: Sim, no caso de absolvição imprópria.

P.: É requisito para a revisão criminal o prévio recolhimento do réu à prisão?

R.: Não, não é uma condição.

P.: A revisão criminal tem efeito suspensivo, isto é, suspende a execução da pena?

R.: Não. O ajuizamento da revisão criminal não suspende a execução da pena. Mas, segundo os Professores Magalhães Noronha, Scarance e Ada Pellegrini Grinover, é possível a aplicação subsidiária do artigo 273 do Código de Processo Civil, isto é, a antecipação de tutela.

P.: A revisão criminal tem efeito extensivo? Por exemplo: três indivíduos são condenados por homicídio. Um deles prova que o fato não ocorreu. Estende-se para os demais?

R.: Sim, aplica-se o artigo 580 do Código de Processo Penal na revisão criminal.

7. *HABEAS CORPUS* ("Traga-me o Corpo")

O *habeas corpus* teve sua origem na Magna Carta da Inglaterra, em 1215, promulgada pelo Rei João Sem-Terra.

Momentos importantes desse instituto:

- Habeas Corpus Act: período de consolidação do *habeas corpus* em 1679.
- *No Brasil*: o *habeas corpus* teve sua origem:
    - implícita na Constituição Federal de 1824;
    - expressa em 1832 no Código de Processo Criminal;
    - em textos constitucionais, a partir da Constituição de 1891, artigo 72, § 22.

7.1. Teoria Brasileira do *Habeas Corpus*

Rui Barbosa percebeu que o ordenamento jurídico brasileiro precisava ampliar o âmbito de atuação do *habeas corpus*, para garantir ao cidadão a defesa de abusos anormais que impusessem mácula a direitos individuais de outro que não o de locomoção.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu expressamente, naquela época, a “teoria brasileira do *hábeas corpus*” desenvolvida por Rui Barbosa, reconhecendo-o como meio hábil para a defesa de outros direitos ameaçados por ilegalidade ou abuso de poder.

Essa teoria que vigorou até 1926, quando uma emenda constitucional passou a limitar o *habeas corpus*.

Atualmente, o *habeas corpus* está previsto no artigo 5.º, inciso LXVIII, da Constituição Federal.

O artigo 142, § 2.º, da Constituição Federal, restringe a abrangência do *habeas corpus* para as punições disciplinares militares. Sobre essa disposição, que já existia em outras constituições, Pontes de Miranda sustenta a não possibilidade desse remédio constitucional discutir o mérito da punição, mas poderá ser impetrado para questionar:

- a existência do poder hierárquico daquele que determinou a punição sobre o punido;
- a existência do poder disciplinar no caso concreto;
- se o ato censurado é ou não ligado à função militar;
- se a pena imposta é suscetível de ser aplicada disciplinarmente.

7.2. Disciplina do *Habeas Corpus* (Arts. 647 a 667)

O *habeas corpus* não é recurso; não tem prazo para a sua interposição; não é obrigatório sua existência em um processo. É ação constitucional de caráter penal e procedimento especial.

A Constituição Federal de 1988 institui duas espécies de *habeas corpus*:

- habeas corpus *preventivo ou salvo conduto*: não houve dano consumado, havendo risco futuro de se sofrer uma coação.
- habeas corpus *repressivo ou liberatório*: visa combater o dano à liberdade de locomoção, coação ou violência que se encontram consumados.

7.3. Partes

As partes no *habeas corpus* são:

- *Impetrante*: pessoa que pede a ordem. Pode ser qualquer pessoa (física ou jurídica, com ou sem capacidade civil plena). Não precisa ser advogado, em razão da importância do direito a ser tutelado.

P.: E o Ministério Público pode impetrar *habeas corpus*?

R.: Sim, a teor dos artigos 127 da Constituição Federal e 654 do Código de Processo Penal.

O Juiz de Direito não pode impetrar *habeas corpus* nos processos de sua competência.

- *Paciente*: pessoa em nome de quem se pede a ordem.
- *Autoridade coatora*: pessoa responsável por determinar a ordem ilegal ou abusiva; é o pólo passivo do *habeas corpus*. A autoridade coatora será sempre aquela responsável pela ordem e não a que se limitou a executar o ato.

P.: Admite-se *habeas corpus* contra ato de particular?

R.: Posição dominante admite a impetração contra ato de particular. Ex.: contra diretor de hospital que se recusa a liberar o paciente que não tem recursos para pagar a conta.

7.4. Rito do *Habeas Corpus*

A impetração do *habeas corpus* se faz por meio de petição inicial, que deverá conter os seguintes requisitos mínimos:

- nome do paciente;
- descrição da atual ou futura violência ou coação à liberdade de locomoção;
- petição escrita em língua portuguesa;
- assinatura do impetrante ou de alguém a seu rogo;
- documentos que comprovem os fatos alegados.

7.5. Hipóteses de Cabimento (Art. 647/648 do CPP)

P.: O rol do artigo 648 do Código de Processo Penal é taxativo ou exemplificativo?

R: Discussão sem razão de ser, pois o rol do artigo 647 do Código de Processo Penal é suficientemente amplo para abranger várias situações.

São hipóteses de cabimento do *habeas corpus*:

- *Quando não houver justa causa*: haverá justa causa sempre que a persecução penal possuir fundamentos fáticos e jurídicos.
- *Sempre que alguém estiver preso por mais tempo que a lei permita*: dispositivo que vale para prisão penal e para prisão processual.
- *Quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo.*
- *Quando houver cessado o motivo que autorizou a coação.*
- *Quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza.*
- *Quando o processo for manifestamente nulo:* a nulidade deve ser manifesta.
- *Quando extinta a punibilidade*. Ex.: instaura-se inquérito policial para apurar crime prescrito.

P.: É possível o impetrante alegar em *habeas corpus* alguma hipótese e o tribunal conceder por outra?

R.: Sim. O tribunal pode até conceder *habeas corpus* de ofício, não estando vinculado à alegação.

7.6. Competência

7.6.1. Competência do Supremo Tribunal Federal

- Quando a autoridade coatora for Tribunal Superior.

- Quando forem pacientes as seguintes pessoas: Presidente da República e Vice-Presidente; Ministros de Estado, dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União; comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica; deputados federais e senadores; Procurador-Geral da República e chefes de missão diplomática.

7.6.2. Competência do Superior Tribunal de Justiça

- Quando a coação partir de tribunal sujeito à sua jurisdição ou de Ministros de Estado ou Comandante-Geral da Marinha, Exército e Aeronáutica.

Obs.: sempre que o *habeas corpus* envolver comandante do Exército ou Ministro de Estado, sendo paciente, a competência será do Supremo Tribunal Federal, mas se forem autoridade coatora, a competência será do Superior Tribunal de Justiça.

- Quando o coator ou paciente for autoridade sujeita à jurisdição: Governador do Estado (o vice-governador não) ou do Distrito Federal; desembargador; membros do Tribunal Regional Federal, Tribunal Regional do Trabalho, Tribunal de Contas do Estado, Tribunal de Contas do Município; membros do Ministério Público da União que oficie perante tribunais.

7.6.3. Competência do Tribunal Regional Federal

- Quando o paciente ou coator for juiz federal, juiz do trabalho ou membro do Ministério Público Federal de primeira instância.

7.6.4. Competência do Tribunal de Justiça

- Quando forem pacientes ou coator: prefeito municipal; vice-governador; secretários de Estado; deputados estaduais; membros do Ministério Público Estadual; Juiz de Direito (nos casos de sua competência recursal); Delegado-Geral de Polícia; Procurador- Geral do Estado; Comandante-Geral da Polícia Militar; Juiz de Alçada, Auditor da Justiça Militar.

7.7. Os Recursos no *Habeas Corpus*

- *Sentença que concede* habeas corpus *em primeiro grau*: recurso de ofício (art. 574, inc. I, do CPP) e recurso em sentido estrito (art. 581, inc. X, do CPP).
- Habeas Corpus *por Tribunal*: recurso ordinário, se denegatória a decisão (arts. 102, inc. II e 105, inc. II, da CF e Lei n. 8.038/90).

8. MANDADO DE SEGURANÇA NA ÁREA CRIMINAL

O mandado de segurança encontra-se previsto nos incisos LXIX e LXX do artigo 5.º da Constituição Federal.

Desde seu surgimento discutia-se a possibilidade de cabimento contra ato jurisdicional. Hoje não há dúvida: é cabível contra aquele ato jurisdicional para o qual não se previu recurso.

Ex.: pedido de habilitação do assistente de acusação negado; decisão que determina a apreensão de objetos não relacionados ao crime, para garantir as prerrogativas do advogado.

E se o ato for recorrível? Segundo a Lei do Mandado de Segurança não será cabível. É válida essa restrição?

Não. Essa restrição não é aplicada. Prevalece o entendimento de que o mandado de segurança poderá ser impetrado contra ato jurisdicional que admita recurso, sempre que o recurso não possuir efeito suspensivo, pois, nesse caso, a interposição do recurso não impede que a decisão produza seus efeitos, de tal forma que não obsta a consumação da lesão a direito líquido e certo em virtude de ilegalidade ou abuso de poder.

Cabe também o Mandado de Segurança para obter efeito suspensivo em agravo interposto contra decisão que em sede de execuções concede livramento condicional ou progressão de regime sem o preenchimento dos requisitos legais ou para obter efeito suspensivo contra a concessão de liberdade provisória em crime hediondo.

8.1. Direito Líquido e Certo

Após grande discussão doutrinária, chegou-se ao consenso de que a expressão “direito líquido e certo” deve ser tomada no sentido processual, para indicar direito apurável sem necessidade de dilação probatória. Disso decorre a exigência de prova pré-constituída do direito para que se cogite a concessão de mandado de segurança.

8.2. Partes

São legitimados para impetrar o mandado de segurança a pessoa física ou jurídica - e, até, ente despersonalizado - titular do direito líquido e certo ameaçado ou violado pela ilegalidade ou abuso de poder. Normalmente, no processo penal, esse remédio será utilizado pela acusação – pois a defesa pode fazer uso do *habeas corpus*.

O órgão do Ministério Público pode impetrar mandado de segurança perante tribunais.

No pólo passivo, segundo a doutrina dominante, encontra-se a pessoa jurídica de direito público a cujo quadro pertence a autoridade coatora.

8.3. Competência

Como se trata de mandado de segurança em face de ato jurisdicional, a competência será sempre dos tribunais – originariamente.

8.4. Procedimento

- Prazo para impetração: 120 dias contados da ciência do ato impugnado.
- A petição inicial deve atender aos requisitos dos artigos 282 e 283 do Código de Processo Civil e estar munida da prova pré-constituída do direito do impetrante.
- O tribunal pode ou não conceder a liminar.

- A autoridade coatora será notificada para prestar informações no prazo de 10 dias.
- O órgão do Ministério Público deve apresentar parecer em 5 dias – atua como *custos legis*.

8.5. Liminar

A lei do mandado de segurança assegura a possibilidade de concessão de liminar ao impetrante sempre que a ameaça ao direito líquido e certo for *atual* e *objetiva* (art. 70, inc. II).

Obs.: a notificação da autoridade coatora para apresentação das informações tem valor de citação.

Atenção: o Supremo Tribunal Federal entende que o mandado de segurança, quando impetrado pelo Ministério Público contra decisão favorável a defesa, deverá também requerer e o tribunal determinar a citação do réu como litisconsórcio necessário. Sem isso, o Supremo Tribunal Federal anula o mandado de segurança.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

MÓDULO I

No item **1.18. Princípio da Motivação das Decisões Judiciais,** onde se lê "Previsto nos arts. 5.º, inc. LX, 93 e 381 do CPP**",** leia-se "Previsto nos arts. 93 da CF e 381 do CPP**".**

DIREITO PROCESSUAL PENAL

MÓDULO XIV

No item ***1.6.1. Espécies de flagrante***, fl. 07, onde lê-se: "A ação penal privada não impede a prisão em flagrante, desde que o ofendido autorize a lavratura do auto **e o** ratifique no prazo da entrega da nota de culpa, ou seja, em 24h."; leia-se: "A ação penal privada não impede a prisão em flagrante, desde que o ofendido autorize a lavratura do auto **ou a** ratifique no prazo da entrega da nota de culpa, ou seja, em 24h".

DIREITO PROCESSUAL PENAL

MÓDULO XVII

No item **1.5. *Emendatio Libelli* e *Mutatio Libelli*,** fl. 8, onde lê-se: **“**Se a pena for menor ou idêntica à anterior deve-se observar o disposto no art. 384, *caput*, do Código de Processo Penal. O juiz deve baixar os autos para a manifestação da defesa, que no prazo de 3 dias deverá produzir provas, podendo arrolar até 8 testemunhas.”, leia-se: “...que no prazo de **8 dias** deverá produzir provas, podendo arrolar até **3 testemunhas**.”

DIREITO TRIBUTÁRIO

1. INTRODUÇÃO

É o ramo do Direito que estuda os princípios e normas que disciplinam a tributação.

A tributação no Brasil só pode ser desenvolvida pelo Estado:

- União;
- Estados-Membros;
- Municípios;
- DF (após a CF/88, virou pessoa política. Antes era autarquia administrativa da União).

A criação dos tributos depende de lei, logo, só quem legisla pode tributar e só quem pode legislar são as pessoas políticas.

O Direito Tributário estuda os princípios e as normas que disciplinam a ação estatal de exigir tributos, e se preocupa com as relações jurídicas que, em decorrência da tributação, se estabelecem entre o Fisco e os contribuintes.

Direito Tributário, para Hugo de Brito Machado, é "o ramo do Direito que se ocupa das relações entre o fisco e as pessoas sujeitas às imposições tributárias de qualquer espécie, limitando o poder de tributar e protegendo o

cidadão contra os abusos desse poder”[1].

O tributo é um instituto jurídico especial, pois sozinho alcança valores primordiais às pessoas, que são: liberdade (ninguém paga tributo por vontade própria) e propriedade (atinge o patrimônio).

2. TRIBUTO

2.1. Conceito

O conceito de tributo está previsto no art. 3.º do CTN, assim compreendido:

“Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

É uma obrigação *ex lege*, em moeda, que não se constitui em sanção por ato ilícito e que tem por sujeito ativo (credor), normalmente, uma pessoa política e por sujeito passivo (devedor) qualquer pessoa (apontada na lei da entidade tributante).

A obrigação é compulsória, obrigatória, porque decorre diretamente da lei. A vontade do contribuinte é irrelevante.

[1] BRITO MACHADO, Hugo de. *Curso de Direito Tributário*. 19.ª ed. São Paulo: Malheiros.

2.2. Obrigação *ex lege*

O tributo é uma obrigação *ex lege*, pois nasce direta e imediatamente da vontade da lei, que traça a hipótese de incidência do tributo.

As obrigações *ex lege* contrapõem-se às obrigações *ex voluntate* (em que a vontade das partes é prestigiada pelo Direito), pois o legislador, ao mencionar *instituída em lei*, certamente pretendeu afastar as chamadas obrigações convencionais, que teriam fulcro, invariavelmente, numa convergência de vontades.

Nosso Direito desconhece o tributo *in natura* (no qual parte da mercadoria comercializada é entregue ao Fisco a título de pagamento do tributo, ex.: para o pagamento do ICMS, entregam-se 10 quilos de arroz a cada 100 quilos vendidos) e desconhece também o tributo *in labore* (a cada mês, o sujeito passivo destina alguns dias de seu trabalho à entidade tributante).

Obrigação é o vínculo abstrato de conteúdo patrimonial pelo qual uma pessoa (sujeito passivo) vê-se compelida a dar, a fazer, a não fazer ou a suportar algo em favor de outra (sujeito ativo).

Síntese: Sendo o tributo uma obrigação *ex lege*, a capacidade tributária passiva independe da capacidade civil do contribuinte, ou sendo ele uma pessoa jurídica, do fato de estar regularmente constituída – conforme o art.126 do CTN.

2.3. Obrigação em Moeda ou Cujo Valor Nela se Possa Exprimir

O tributo só pode ser pago em dinheiro corrente. Com a expressão "ou cujo valor nela se possa exprimir", quer a lei dizer que, em circunstâncias

extraordinárias, previstas em lei, é possível que o Fisco aceite a satisfação da obrigação tributária com a entrega de bens, cujo valor possa ser convertido em moeda. A LC n. 104, de 10.1.2001, acrescentou no art. 156 do CTN o inc. XI:

"Art.156. Extinguem o crédito tributário:

...XI – a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei."

Tal inclusão serviu para explicitar o conceito de tributo, lembrando que, em casos especiais, a lei já autorizava a extinção do crédito tributário por este instituto.

2.4. O Tributo não se Constitui em Sanção por Ato Ilícito

O tributo não é multa. Ao contrário desta, tem por pressuposto a prática de um fato lícito qualquer, que revela capacidade econômica ou capacidade contributiva. A multa nasce de uma ilicitude; paga-se porque se praticou um ato ilícito. Quando a lei descreve abstratamente um fato originário de um tributo, não pode descrever um fato ilícito.

O tributo tem finalidade arrecadatória, ao passo que a multa tem finalidade preventiva e sancionatória. O Estado tributa para atingir seus fins, e a multa visa desestimular os infratores.

A lei não pode colocar, na hipótese de incidência tributária, a descrição de um fato em si mesmo ilícito, sob pena de o tributo converter-se em sanção, o que é vedado por nosso Direito positivo (art. 3.º do CTN).

Essa regra pode ser observada em relação ao Imposto de Renda, cuja hipótese de incidência é obter rendimento. Não importa se os rendimentos são

de atividade lícita ou não. Por isso, os bicheiros devem pagar Imposto de Renda. Princípio do *non olet* (não cheira).

Esse princípio, *non olet*, surgiu em Roma, onde um Imperador instituiu um imposto do uso de latrina (banheiros públicos), fato que deu origem a grandes falatórios. Até seu filho se opôs à cobrança desse imposto, dizendo que não era conveniente que Roma sobrevivesse da cobrança de dinheiro originário de um local tão sujo. O Imperador pediu então para que seu filho fosse buscar um pouco do dinheiro arrecadado, mandou-o cheirar e disse: "Está vendo filho, *non olet* (não cheira)!", querendo dizer que pouco importava a origem remota do dinheiro arrecadado.

2.5. Obrigação Cobrada Mediante Atividade Administrativa Plenamente Vinculada

É necessário entender tal expressão sem o exagero que deflui do texto. Se é verdade que atos importantes do procedimento de arrecadação tributária pertencem à classe dos vinculados, outros muitos existem, dentro da mesma atividade, em que o administrador está autorizado, pela lei, a integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica diante do caso concreto, operando com critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal.

Em suma, o tributo, ao lume de nosso Estatuto Magno, é a relação jurídica que se estabelece entre o Fisco e o contribuinte (pessoa abrangida pelo Direito positivo), tendo por base a lei, em moeda, igualitária e decorrente de um fato lícito qualquer.

A CF classificou os tributos em impostos, taxas e contribuições de melhoria (art. 145, I a III), desenhando a norma-padrão de incidência de cada uma dessas figuras jurídicas e discriminando competências para que as pessoas políticas, querendo, viessem a instituí-las (sempre por meio de lei). O STF, por unanimidade, reconheceu que existem, na ordem jurídica brasileira, quatro espécies tributárias: impostos, taxas, contribuições (que englobam contribuições de melhoria e contribuições parafiscais ou especiais) e empréstimos compulsórios (STF, RDA, 190: 78-82).

Por fim, a CF arrolou os direitos fundamentais que a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, ao levarem a efeito a tributação, devem respeitar.

Tributo tem o mesmo significado de obrigação tributária, e essa é uma relação jurídica, tendo assim um sujeito ativo e um sujeito passivo.

3. OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

3.1. Sujeito Ativo

- *Credor do tributo*: é aquele que tem o direito subjetivo de exigir a prestação pecuniária (*capacidade tributária ativa*).
- *Pessoas que têm capacidade tributária ativa*: normalmente aquelas investidas de capacidade política – são as pessoas políticas de direito constitucional interno – dotadas de Poder Legislativo.

Competência tributária é a capacidade para criar o tributo, diferentemente de capacidade tributária ativa, que é capacidade de exigir a prestação pecuniária.

A capacidade tributária ativa é delegada por lei da entidade tributante. Sendo assim, nada impede que terceira pessoa venha a arrecadar, basta que tal atividade seja delegada por lei. Isso se chama parafiscalidade.

Parafiscalidade é a delegação de capacidade tributária ativa que a pessoa política, por meio de lei, faz à terceira pessoa, a qual, por vontade dessa mesma lei, poderá também dispor do produto arrecadado. Só pode se voltar em favor de pessoas jurídicas de Direito Público (ex.: autarquias) e em favor de pessoas jurídicas de Direito Privado perseguidoras de finalidade pública (entes paraestatais – caminham paralelamente ao Estado, ex.: sindicatos, SESI, SESC, SENAI, SENAC).

A parafiscalidade não pode alcançar as empresas comerciais, tendo em vista os seguintes princípios constitucionais:

- princípio da igualdade: as pessoas que se encontram na mesma situação econômica devem ser tratadas de modo igual;
- princípio da destinação pública do dinheiro arrecadado mediante o exercício da tributação.

3.2. Sujeito Passivo

- *O devedor do tributo*: é a pessoa, física ou jurídica, privada ou pública, que tem o dever jurídico de efetuar o pagamento do tributo. Em tese, qualquer pessoa tem capacidade tributária passiva, ou seja, qualquer

pessoa pode figurar no pólo negativo da obrigação tributária, inclusive as pessoas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal). Estas são imunes apenas quanto aos impostos (art. 150, VI, "a", da CF/88), mas podem ser alvo de taxas e contribuições de melhoria.

- *As autarquias*: também são imunes quanto aos impostos (art. 150, § 2.º, da CF/88), mas podem ser alvo de cobrança de taxas e contribuições.
- *As empresas públicas e sociedades de economia mista*: possuem capacidade tributária passiva plena (impostos, taxas e contribuições – art. 173, inc. II, da CF/88).
- *As empresas privadas*.
- *As empresas particulares*.

DIREITO TRIBUTÁRIO

MÓDULO I

Tendo em vista o disposto na Emenda Constitucional n. 32/01 o item. **1. NASCIMENTO DO TRIBUTO** recebeu nova redação em sua parte final:

Para a maioria da doutrina, a medida provisória não pode criar ou majorar tributo, porque a medida provisória é precária e não corresponde à certeza com a qual o tributo deve se revestir.

Atualmente, em razão da Emenda Constitucional n. 32, a medida provisória poderá criar ou majorar tributo, dado que o § 2.º do art. 62 da Constituição Federal recebeu a seguinte redação:

“ § 2.°. Medida provisória que implique a instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.”

DIREITO TRIBUTÁRIO

1. ART. 3.º DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Rubens Gomes de Souza foi convidado para elaborar o Anteprojeto que acabou sendo transformado em nosso Código Tributário Nacional, contendo a definição de tributo em seu art. 3.º, tal qual estudado.

Há doutrinadores que criticam o CTN por tal definição, já que não é dado à lei definir, conceituar, doutrinar. Para esses doutrinadores, quem deve fazer doutrina são os estudiosos e não o legislador.

Realmente não é bom que a lei defina, mas a definição do art. 3.º do CTN é de boa qualidade.

1.1. Definição de Tributo

A CF não define tributo, mas cuida de uma série de figuras afins que lembram o tributo: a desapropriação, o perdimento de bens, a pena privativa de liberdade, a pena de multa etc. Todas essas figuras são impostas coativamente, por isso semelhantes ao tributo: “Tributo é a relação jurídica que se estabelece entre o Fisco e o contribuinte, tendo por base a lei em moeda igualitária e decorrente de um fato lícito qualquer (por isso pretender instituir um tributo por decreto é impossível, a Constituição Federal impede tal situação)”.

2. NASCIMENTO DO TRIBUTO

O tributo nasce quando se verifica, no mundo em que vivemos, o fato lícito e não voluntário descrito na hipótese de incidência tributária.

O mundo em que vivemos é conhecido como o mundo fenomênico, dos fenômenos naturais.

O tributo nasce de um fato lícito porque ele não é multa por ato ilícito, e não é voluntário porque se trata de uma obrigação *ex lege*, nasce da vontade da lei e não da vontade do contribuinte ou do Fisco.

No Brasil, por força do princípio da legalidade, a norma tributária só pode ser veiculada por meio de lei. Mas não por qualquer lei; é necessário que seja lei da pessoa política competente para criar aquele determinado tributo, sendo que tal regra se encontra na CF (art. 155, I, da CF/88).

P.: Uma lei federal e uma estadual que dispõem sobre o mesmo tributo. Qual prevalece?

R.: Prevalece aquela que, pela CF, for a competente para veicular o tributo. A lei federal, portanto, não é superior à outra, todas estão em igualdade e prevalece a competente.

A CF é a carta das competências tributárias.

Medida provisória não pode criar tributo, para a maioria da doutrina. Isso porque a medida provisória é precária e não corresponde à certeza com a qual o tributo deve se revestir. Mas o STF vem aceitando a criação de tributo por medida provisória.

3. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA

É a descrição que a lei faz de um fato tributário que, quando ocorrer, fará nascer a obrigação tributária (obrigação de o sujeito passivo ter de pagar ao sujeito ativo o tributo correspondente). Em suma, é o fato descrito em lei que, acontecido, faz nascer a relação jurídica tributária, tendo por objeto a dívida tributária.

Segundo definição de Geraldo Ataliba: "Hipótese de incidência é fato descrito em lei que, se e quando acontecido, faz nascer para alguém o dever de pagar um dado tributo".

4. FATO IMPONÍVEL

Hipótese de incidência é diferente de fato imponível, sendo que fato imponível é aquele que aconteceu (fato que realizou o tipo tributário), e hipótese de incidência é o fato descrito na lei.

Ex.: uma pessoa que obter rendimentos tem que pagar Imposto sobre a Renda (IR). Isso é a hipótese de incidência. João da Silva obteve rendimento, tem que pagar Imposto sobre a Renda; este é o fato imponível.

Exemplo espelhado em Direito Penal:

- tipo penal é a descrição legal que a ordem jurídica considera delituoso (hipótese de incidência);
- fato típico penal é a conduta do indivíduo (fato imponível).

A doutrina costuma chamar *fato gerador* tanto a hipótese de incidência como o fato imponível, mas, em ciência, isso não é conveniente, porque em ciência as expressões devem ser unívocas e não equívocas.

"Fato gerador", portanto, é expressão equívoca e, por isso, deve ser evitada.

A doutrina mais moderna vem dividindo a expressão *fato gerador* em:

- fato gerador *in abstrato*: expressão referente à hipótese de incidência;
- fato gerador *in concreto*: refere-se ao fato ocorrido, ao fato imponível.

Para que o tributo nasça, o fato deve ajustar-se rigorosamente a uma hipótese de incidência tributária (fenômeno da subsunção, que se equivale à tipicidade penal).

A lei descreve a hipótese de incidência, e ocorrendo o fato gerador imponível, é devido o tributo.

Henzel Albert diz que: "Só deves pagar tributo se realizas, em todos os seus aspectos, a hipótese de incidência tributária".

O que distingue um tributo do outro é a hipótese de incidência.

A norma jurídica tributária deve conter hipótese de incidência, sujeito ativo, sujeito passivo, base de cálculo e alíquota, sob pena de não haver tributo a lançar. Enquanto a lacuna não for suprida, não existe tributo em abstrato, não podendo existir em concreto.

5. BASE DE CÁLCULO E ALÍQUOTA

São elementos quantitativos do tributo (conjugados, permitem que se chegue ao *quantum debeatur*, quantia devida, a título de tributo).

Importante ao Fisco e ao contribuinte é o quanto se deve cobrar e pagar.

5.1. Base de Cálculo

É a dimensão legal da materialidade do tributo, é a perspectiva dimensível do aspecto material da hipótese de incidência tributária.

Deve guardar uma correlação lógica com a hipótese de incidência do tributo. Ex.: Imposto de Renda, no qual a hipótese de incidência é obter rendimentos e a base de cálculo é a renda líquida; ICMS, hipótese de incidência é vender mercadorias, a base de cálculo é o valor da mercadoria.

Se houver incongruência, ou seja, não houver correlação lógica, o tributo será indevido. Ex.: IPTU, a hipótese de incidência é ser proprietário de imóvel urbano, a base de cálculo é, hipoteticamente, o valor do aluguel. É indevido porque os aluguéis obtidos configuram renda (IR).

5.2. Alíquota

É o critério apontado em lei, normalmente em porcentagem, que, conjugado à base de cálculo, permite que se chegue ao *quantum debeatur*. Ex.: base de cálculo igual a 100 (cem), a alíquota é de 15% (quinze por cento), o *quantum debeatur* será de 15 (quinze).

O tributo não pode ter característica de confisco (art. 150, IV, da CF/88). Não pode retirar do contribuinte o mínimo vital, tanto para a pessoa física quanto para a jurídica.

DIREITO TRIBUTÁRIO

1. LEIS TRIBUTÁRIAS

A União é competente para instituir leis tributárias federais, os estados para instituírem leis tributárias estaduais, os Municípios para instituírem leis tributárias municipais e o Distrito Federal, as leis tributárias distritais.

Tais leis, quando obedecida a CF, estão no mesmo plano jurídico, não há hierarquia entre elas. Só podemos falar em hierarquia entre normas jurídicas quando umas extraem das outras a validade e a legitimidade.

Portanto, como aquelas leis não extraem uma das outras a validade e a legitimidade, não há hierarquia ou subordinação. Necessário, contudo, que exista obediência à CF.

Uma lei que invade a competência de outra entidade política é inconstitucional. Se houver duas leis tributárias que tratam do mesmo tributo, certamente uma será inconstitucional.

2. CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DOS TRIBUTOS

Classificar é dividir um conjunto de seres (coisas, objetos) em categorias, segundo critérios preestabelecidos.

A classificação jurídica leva em conta a norma jurídica, esta é seu ponto de partida.

A classificação jurídica dos tributos baseia-se nas normas jurídicas tributárias em vigor estabelecidas na CF.

Tributo (gênero) compreende, segundo o art. 5.º do CTN:

- impostos;
- taxas;
- contribuições de melhoria.

Tributos, segundo a CF, art. 145, compreendem, além das três espécies acima enumeradas, as seguintes:

- empréstimos compulsórios;
- impostos extraordinários;
- contribuições sociais (art. 149 da CF/88);
- contribuições parafiscais.

Os empréstimos compulsórios, os impostos extraordinários, as contribuições parafiscais e as contribuições sociais são tributos que podem ser exteriorizados como taxa, imposto ou contribuição de melhoria, ou seja, não são outras espécies tributárias, pois espécies são somente as três do art. 145 da CF/88.

2.1. Impostos – Art. 145, I, da CF/88

São os tributos economicamente mais importantes.

Conforme o art. 16 do CTN, imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte.

É um tributo não vinculado. Não é necessário que a União, os Estados-membros, os Municípios ou o Distrito Federal prestem, por exemplo, um serviço público ou realizem uma obra pública para poderem cobrar imposto, pois não há uma equivalência entre o montante que uma pessoa paga a título de imposto e o que o Estado reverte em seu benefício.

O imposto tem fundamento de validade no *poder de império* da entidade tributante. Nasce sempre de fatos regidos pelo Direito Privado. Ex.: a venda de mercadorias gera ICMS (Direito Comercial); a prestação de serviços gera ISS (Direito Civil).

Imposto é um tipo de tributo que tem por hipótese de incidência um comportamento do contribuinte ou uma situação jurídica na qual ele se encontra.

- *Um comportamento do contribuinte*: por exemplo, ao se adquirir um imóvel, há a incidência do ITBI ou SISA; ao se vender uma mercadoria, deve incidir ICMS; ao se prestar um serviço, surge o ISS.

- *Situação jurídica na qual o contribuinte se encontra*: por exemplo, o proprietário de um imóvel deve pagar IPTU; já o proprietário de um imóvel rural deve arcar com o ITR.

2.1.1. Competência dos impostos – art. 153 da CF/88

a) ***Impostos federais***

- Imposto sobre Importação.
- Imposto sobre a Exportação.
- Imposto sobre a Renda e Proventos (IR).
- Imposto de Produtos Industrializados (IPI).
- Imposto sobre Operações Financeiras (IOF).
- Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR).
- Imposto sobre grandes fortunas.

b) Impostos estaduais e DF – art. 155 da CF/88

- Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doações.
- Imposto sobre Operações Mercantis (ICMS).
- Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA).

c) Impostos municipais e DF – art. 156 da CF/88

- Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU).
- Imposto sobre Transmissão *Inter Vivos* (ITBI).
- Imposto sobre Serviços (ISS).

O Distrito Federal pode criar os impostos estaduais e municipais (competência impositiva dobrada – art. 155, *caput*, e art. 147, *in fine*, ambos da CF. A competência impositiva distrital é o somatório das competências impositivas dos Estados e Municípios).

De acordo com a art. 154 da CF/88, a União possui competência impositiva residual (infinita), pois sempre poderá criar imposto. Ex.: imposto sobre arrematações. Essa competência residual se limita apenas aos impostos e não a qualquer tributo.

O art. 154, II, da CF/88 permite a instituição de impostos extraordinários na iminência ou no caso de guerra externa, compreendidos ou não em sua competência tributária, ou seja, podendo inclusive invadir competência das outras entidades tributantes.

Os tributos em geral devem ser criados por lei ordinária. Os impostos de competência impositiva residual da União (art. 154, I, da CF/88) e os empréstimos compulsórios (art. 148 da CF/88) devem ser criados por meio de lei complementar.

2.1.2. Classificação dos impostos

a) Pessoais

São aqueles que estabelecem diferenças tributárias em função das condições próprias do contribuinte. Ex.: IR.

b) Reais

São aqueles que não levam em consideração as condições do contribuinte, incidindo igualmente para todas as pessoas. Ex.: IPTU.

c) Diretos

Quando numa só pessoa se reúnem as condições de contribuinte de direito (aquele que é responsável pelo cumprimento de todas as obrigações tributárias previstas na legislação, porque foi ele quem praticou o fato gerador do tributo) e de fato (aquele sobre quem recai o ônus do impostos). Ex.: IR.

d) Indiretos

Quando, na relação jurídico-tributária que se estabelece entre o Estado e o sujeito passivo, este paga o tributo correspondente e se ressarce cobrando de terceiro por meio da inclusão do imposto no preço. Aquele que paga o imposto e mantém a relação pessoal e direta com o Estado denomina-se contribuinte de direito; o terceiro é estranho à relação jurídico-tributária, embora vinculado ao fato gerador, e é denominado de contribuinte de fato (porque de fato foi ele quem suportou o ônus do imposto). É o fenômeno econômico da transladação ou repercussão dos tributos. Ex.: ICMS, IPI. O consumidor final não é o atingido diretamente. Ele é o contribuinte de fato e não o contribuinte de direito.

O art. 166 do CTN estabelece que a repetição dos chamados impostos indiretos só é possível quando o contribuinte de direito não tiver repassado ao contribuinte de fato a carga econômica do tributo ou quando, tendo havido tal repasse, o contribuinte de direito estiver expressamente autorizado, pelo

contribuinte de fato, a ingressar com o pedido de repetição. Ex.: se o contribuinte recolher ICMS a mais, ele só poderá pedir a repetição se ocorrer uma das hipóteses mencionadas no art. 166 do CTN. Essas situações, porém, são difíceis de ocorrer, pois geralmente há o repasse ao contribuinte de fato e, quando não houver, impossível será obter autorização deste último.

2.1.3. Princípio informador dos impostos

O princípio da capacidade contributiva encontra-se veiculado no art. 145, § 1.º, 1.ª parte, da CF/88: "sempre que possível os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica dos contribuintes".

Esse princípio se hospeda no princípio da igualdade e ajuda a realizar os ideais republicanos (quem tem mais, paga mais e quem tem menos, paga menos).

É por meio de alíquotas progressivas que se alcança o princípio da capacidade contributiva, pois esse princípio exige que os impostos observem uma progressividade de alíquotas: quanto maior a base de cálculo, tanto maior a alíquota. Ex.: IR, que tem três alíquotas (0%,15% e 27,5%).

O art. 145, §1.º, da CF/88 contém a expressão "sempre que possível", portanto as pessoas políticas é quem decidem se imprimem caráter pessoal aos impostos. O ICMS, por exemplo, é imposto que não respeita o princípio em estudo, pois quem suporta a carga econômica é o consumidor final, e este suportará sempre a mesma alíquota, pouco importando a sua capacidade contributiva. Outro exemplo é o IPI.

O ICMS (art. 155, § 2.º, II, da CF/88) e o IPI, embora não respeitem o princípio da capacidade contributiva, são impostos seletivos em função das

mercadorias e serviços e da essencialidade dos produtos industrializados, respectivamente.

2.2. Taxa – Art. 145, II, da CF/88 e Art. 77 do CTN

É o tributo que tem por fato gerador abstrato uma atuação estatal diretamente referida ao contribuinte (art. 145, II, da CF/88) consistente em um serviço ou em um ato de polícia, ou seja, trata-se de tributo vinculado a uma atuação estatal. Não nasce de um comportamento do contribuinte ou de uma situação jurídica em que este se encontre.

Essa atuação estatal pode consistir, segundo o art. 145, II, da CF/88 e art. 77 do CTN, em taxa de serviço e taxa de polícia.

2.2.1. Taxa de serviço

É o tipo de tributo que tem por hipótese de incidência um serviço público específico e divisível.

Serviço público é a prestação de utilidade material usufruível individualmente sob o regime de Direito Público. O que torna público o tributo é o regime de Direito Público que o rege. Os serviços públicos podem ser:

a) Gerais (universais)

Alcançam a comunidade considerada como um todo. Não se referem diretamente a ninguém. São prestados *uti universi*. Devem ser custeados pelas receitas gerais da pessoa política que os presta. Ex.: serviço de segurança

pública, serviço diplomático, serviço de defesa da soberania nacional, serviço de iluminação pública;

b) Específicos (singulares)

Alcançam pessoas individualmente consideradas. Referem-se diretamente a alguém. São prestados *uti singuli*. São dotados de divisibilidade (possibilidade de aferir-se a utilização efetivo-potencial individualmente considerada). Ex.: serviço de fornecimento domiciliar de água potável, serviço de fornecimento domiciliar de energia elétrica, serviço de transporte coletivo etc.;

c) Divisíveis

É a possibilidade de o contribuinte aferir-se a utilização efetiva ou potencial, individualmente considerada. No Brasil, a taxa pode ser cobrada de quem efetivamente se utiliza do serviço público ou de quem tem a disponibilidade do serviço público. A simples disponibilidade já dá ensejo à cobrança da taxa.

d) Fruíveis

Postos à disposição (art. 145, II, *in fine*, da CF/88).

Para que o serviço público possa servir como fato gerador de taxa, deve ser:

- específico e divisível;

- prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição;
- utilizado, efetiva ou potencialmente, pelo contribuinte.

Uma parte da doutrina define o pedágio como sendo uma taxa de serviço (art. 150, V, da CF/88). O serviço de conservação da rodovia permite o pedágio.

2.2.2. Taxa de polícia

O CTN, em seu art. 78, define o que se considera poder de polícia.

É a espécie de tributo que tem por hipótese de incidência um ato de polícia de efeitos concretos, ou seja, um ato que se refere diretamente ao contribuinte e que envolve o exercício do chamado poder de polícia. Poder de polícia é a faculdade que o Estado tem de, observados os limites constitucionais, baixar regras de nível constitucional legal ou infralegal para disciplinar o exercício dos direitos à liberdade e à propriedade das pessoas, compatibilizando-os com o bem comum.

O poder de polícia se manifesta das mais diversas maneiras. O art. 78 do CTN reporta-se ao interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Para alguns autores, a enumeração possui caráter taxativo. Para outros, sua abrangência é praticamente ilimitada.

2.2.3. Base de cálculo e alíquota

As taxas não podem ter base de cálculo idêntica à dos impostos (art. 145, § 2.º, da CF/88).

As taxas geralmente são estabelecidas em quantias prefixadas, mas o legislador pode preferir indicar uma base de cálculo e uma alíquota; pode ocorrer também que a determinação do valor da taxa seja feita em função de elementos, por exemplo, a área do imóvel.

A especificidade da taxa advém de seu fato gerador ser uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte.

2.2.4. Competência para instituir e cobrar taxas

Competente para instituir e cobrar taxas é a pessoa jurídica de Direito Público que seja competente para a realização da atividade à qual se vincule o fato gerador respectivo. A entidade estatal competente para o desempenho da atividade é competente, por conseqüência, para instituir e cobrar a taxa correspondente (art. 80 do CTN).

A doutrina reconhece:

- *taxas de uso*: aquelas que têm por hipótese de incidência a utilização de bens pertencentes ao domínio público;
- *taxas de obra*: aquelas que têm por hipótese de incidência a realização de obras públicas.

No Brasil são inconstitucionais, mas existem na prática.

Nada impede que a pessoa política preste um serviço público ou pratique um ato de polícia a título gratuito. Ex.: serviço de vacinação.

Há um serviço público que necessariamente deve ser gratuito, que é o serviço de ensino quando prestado em estabelecimento oficial de ensino (art. 206, IV, da CF/88).

Caso o Poder Público resolva cobrar os serviços e os atos de polícia, deve faze-lo por meio de taxa, mas sempre obedecido o regime jurídico tributário (princípios que protegem o contribuinte contra excessos fazendários. Ex.: legalidade, igualdade, reserva de competência, anterioridade).

2.2.5. Tarifa

A tarifa é o preço público pago pela utilização de serviços facultativos (e não compulsórios) que a Administração Pública ou seus delegados colocam à disposição da população (serviço de uso facultativo).

A diferença entre taxa e preço público encontra-se na Súmula n. 545 do STF: "Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu".

Observação para o concurso do MP e da Magistratura: os serviços e atos de polícia praticados **não** podem ser cobrados por meio de preço (preços públicos e tarifas).

Observação para o concurso da Procuradoria: preço é a quantidade devida pelo serviço público ou pelo ato de polícia de fruição facultativa. Não precisa obedecer ao regime jurídico tributário, podendo ser criado ou

aumentado por meio de decreto, portaria, ato administrativo etc., sem atenção ao princípio da anterioridade.

O preço é cabível quando se está diante de coisa em comércio.

2.3. Contribuição de Melhoria – Art. 145, II, da CF/88 e Arts. 81 e 82 do CTN

É a modalidade de tributo que tem por hipótese de incidência uma *atuação estatal* diretamente referida ao contribuinte. A contribuição de melhoria tem como fato gerador a valorização do imóvel do contribuinte em razão de obra pública (ex.: obras contra enchentes etc.). Os beneficiários diretos da obra arcam com seu custo, total ou parcialmente. É, portanto, tributo vinculado.

Atuação estatal (art. 145, III, da CF/88): só pode consistir em obra pública.

Obra pública: é a edificação, a ampliação ou a reforma total de um bem imóvel pertencente ou incorporado ao patrimônio público. É preciso que essa obra pública cause valorização imobiliária. Entre a obra pública e a valorização imobiliária deve haver uma relação de causalidade.

Só pode ser cobrado depois que a obra pública estiver concluída, quando só então se perceberá o quanto valorizou o imóvel em função de sua realização.

2.3.1. Base de cálculo e alíquota

A contribuição de melhoria é um tributo e, como tal, também tem uma base de cálculo e alíquota que devem ser apontadas em lei. A base de cálculo possível da contribuição de melhoria é o *quantum* da valorização experimentada pelo imóvel em decorrência da obra pública realizada em suas imediações.

A alíquota possível da contribuição de melhoria é um percentual desse *quantum*. Só pode ser cobrada uma vez para cada obra pública que valorize o imóvel. É um tributo social, pois visa devolver à sociedade uma parte do enriquecimento sem causa, já que o dono do imóvel valorizado por uma obra pública, custeada pela sociedade, paga a contribuição de melhoria.

2.3.2. Competência para instituir e cobrar contribuição de melhoria

Tem competência para instituir e cobrar contribuição de melhoria a pessoa política (União, Estados, DF e Municípios) que tem atribuição para a realização dos trabalhos.

As taxas e contribuições de melhoria são tributos vinculados a uma atuação estatal e têm por hipóteses de incidência uma atuação estatal de algum modo referida ao contribuinte. Nascem sempre de fatos regidos pelo Direito Público.

DIREITO TRIBUTÁRIO

1. EMPRÉSTIMOS COMPULSÓRIOS

São tributos restituíveis, mas sempre tributos. Tendo em vista a redação do artigo constitucional que trata do instituto em questão, a configuração tributária fica nitidamente exposta, tornando-se difícil sustentar posições dissonantes.

O art. 148 da CF/88 manda aplicar aos empréstimos compulsórios o regime jurídico tributário, e eles satisfazem plenamente as cláusulas que compõem a redação do art. 3.º do CTN.

Apenas a União, por meio de lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios.

Medida Provisória não pode criar nem alterar empréstimos compulsórios, pois ela é transformável em lei por maioria simples, e o empréstimo compulsório só pode ser aprovado por maioria absoluta. A aplicação desse tributo deve ser vinculada à despesa que o fundamentou (art. 148, par. ún., da CF/88), expressando uma garantia ao contribuinte.

Passaremos a analisar o art. 148, assim expresso na CF/88:

"Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

I. para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;

II. no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, II, 'b'.

Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição."

1.1. Art. 148, I, da CF

"*Inciso I: para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência.*"

Nesses casos, não é necessário observar o princípio da anterioridade, sendo visível a intenção do legislador constitucional, pois as situações expostas no referido artigo são de graves proporções, não podendo esperar o ano seguinte para sua solução.

1.2. Art. 148, II, da CF

"*Inciso II: no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b".*"

Nesses casos, a observância do princípio da anterioridade é necessária.

Calamidade pública, guerra externa, iminência de guerra externa e o investimento público são os pressupostos necessários e suficientes para que o empréstimo compulsório seja criado, não são as hipóteses de incidência do empréstimo compulsório.

Os empréstimos compulsórios são restituíveis, mas nem por isso perdem o caráter de tributo (art. 4.º, II, do CTN: estabelece que a natureza jurídica do tributo deriva de sua hipótese de incidência e não da destinação do tributo).

A restituição é obrigatória. A lei deverá fixar o prazo e as condições do resgate (cria direito subjetivo). A restituição só pode ocorrer em moeda, tendo que ser integral para não caracterizar confisco, incluindo-se também correção monetária.

Os empréstimos compulsórios poderão assumir quaisquer das formas que correspondem às espécies do tributo, podendo a hipótese de incidência ser:

- imposto;
- taxa;
- contribuição de melhoria.

Normalmente, acabam revestindo a natureza do imposto.

Alfredo Augusto Berker foi o primeiro a observar que entre os empréstimos compulsórios existem duas relações jurídicas:

- *ação jurídica tributária*: tem por sujeito ativo a União e por sujeito passivo o contribuinte. Quando o contribuinte paga o empréstimo compulsório à União, desaparece a relação jurídica tributária;
- *relação jurídica administrativa*: surge com o desaparecimento da relação jurídica tributária e tem por sujeito ativo o contribuinte e por sujeito passivo a União, tendo em vista a obrigação de pagar ser, nessa relação, da União.

2. CONTRIBUIÇÕES PARAFISCAIS

São tributos arrecadados por pessoas diversas daquelas que os instituíram, mas são tributos. Ex.: autarquia, empresa pública. Essa delegação recebe o nome de parafiscalidade.

Esse tributo, conforme sua hipótese de incidência, poderá revestir a natureza de imposto, taxa ou contribuição de melhoria.

2.1. Contribuições do Art. 149 da CF

São contribuições de intervenção no domínio econômico, de caráter extrafiscal, com finalidade interventiva específica.

A União, por meio de lei ordinária, pode criar contribuições de:

- intervenção no domínio econômico;
- interesse de categorias econômicas ou profissionais;
- custeio da seguridade social.

São tributos qualificados pela finalidade (uma das três acima). Dentro do seu campo de competência, a União pode criar taxas ou impostos associados a qualquer um desses fins. Assim, tais contribuições não caracterizam nova espécie de tributo, mas taxa ou imposto de finalidade específica.

2.2. Contribuições do Art. 195 da CF

São tributos destinados ao financiamento da Seguridade Social. O inc. I trata das contribuições patronais, que são impostos, e traz três possíveis bases de cálculo (sua hipótese de incidência é o fato desvinculado de atuação estatal).

O inc. II trata das contribuições dos empregados. São taxas, pois é colocado à disposição do empregado o serviço de Previdência Social.

O inc. III incide sobre a receita de concurso de prognósticos.

O § 6.º traz regra específica sobre o princípio da anterioridade. A lei só se torna eficaz 90 dias após a sua publicação.

O par. ún. do art. 149 traz uma exceção ao *caput*, pois autoriza os Estados, o DF e os Municípios a instituírem contribuições para custeio da Seguridade Social Estadual, Distrital e Municipal, desde que mantenham sistemas próprios de Previdência e Assistência Social para seus funcionários.

DIREITO TRIBUTÁRIO

1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS

As normas constitucionais não possuem o mesmo grau de importância, pois algumas veiculam regras enquanto outras são verdadeiros princípios.

Princípio é uma regra básica implícita ou explícita que, por sua grande generalidade, ocupa posição de destaque no mundo do Direito e, por isso, vincula o entendimento e a boa aplicação, seja dos simples atos normativos, seja dos próprios mandamentos constitucionais. Não importa se o princípio é implícito ou explícito, mas sim se ele existe ou não existe (ex.: o princípio da isonomia das pessoas políticas é implícito).

Sempre que houver uma dupla interpretação da norma, devem-se utilizar os princípios. O princípio é, portanto, um vetor para as soluções interpretativas. É uma regra básica, com âmbito de validade maior, que exerce, dentro do sistema jurídico, função axiologicamente mais importante do que a regra, mesmo a constitucional.

1.1. Princípio da Legalidade

É um princípio universal, disposto no art. 5.º, II, da CF/88: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

No Brasil, vigora a universalidade da legislação (princípio da legalidade). A expressão “sob reserva de lei” não faz muito sentido, pois toda

matéria está sob reserva de lei. É usada como pleonasmo, reforço, e significa que “é matéria de lei”.

O art. 150, I, da CF/88 veda às pessoas políticas a criação, a exigência ou o aumento de tributo sem ser por intermédio de lei.

Tudo o que é importante em matéria de tributo deve ser matéria de lei. Assim, somente a lei poderá diminuir e isentar tributos, parcelar e perdoar débitos tributários, criar “obrigações acessórias” etc. Obrigações acessórias são deveres impostos pela lei ao contribuinte ou à terceira pessoa a ele relacionada, tendo em vista o perfeito funcionamento do sistema tributário. Esses deveres podem consistir em um “fazer”, um “não fazer” ou um “suportar”.

Em Direito Tributário vigora, além do princípio da legalidade, o princípio da estrita legalidade (princípio da reserva absoluta da lei formal), o que leva ao princípio da tipicidade fechada da tributação. O aplicador do Direito Tributário não tem margem de discricionariedade.

Não há exceções ao princípio da legalidade tributária. No art. 153, § 1.º, da CF/88, existe uma “aparente” exceção que faculta ao Poder Executivo (Presidente da República – art. 76 de CF/88) alterar, por meio de decreto, as alíquotas dos impostos sobre importação, exportação, produtos industrializados (IPI) e operações de crédito (IOF), dentro dos parâmetros da lei, observando-se os ditames legais. Só poderá ser aumentada, entretanto, a alíquota, e não a base de cálculo (como ocorria na CF anterior).

Essa faculdade regulamentar, entretanto, deverá atender ao princípio da legalidade tributária. Os únicos regulamentos válidos em matéria tributária são os executivos, que, subordinando-se inteiramente à lei, limitam-se a prover sua fiel execução, sem, porém, criar ou aumentar tributos nem estabelecer

quaisquer ônus ou encargos que possam repercutir no patrimônio ou na liberdade dos contribuintes.

Os regulamentos só podem ser *secundum legem* e *contra legem*, não podendo criar realidade tributária. Sendo o regulamento fonte secundária de Direito, limitada ao princípio da legalidade, as portarias, os pareceres normativos, a ordem de serviço e os atos administrativos tributários em geral estão abaixo do regulamento, também devendo observar o princípio da legalidade.

- *Portaria*: é um ato interorgânico que serve para disciplinar as questões internas da repartição fazendária (ex.: estabelecer escala de férias, estabelecer horários etc.).

- *Parecer Normativo*: é a opinião oficial da Fazenda Pública acerca do significado, conteúdo e alcance de determinada norma jurídica tributária.

- *Ordem de Serviço*: é uma determinação que o chefe faz ao seu subordinado para que este realize uma dada diligência.

- *Atos Administrativos Tributários em Geral*: aplicam a lei tributária de ofício (ex.: lançamento identifica oficialmente o contribuinte e desvenda a quantia devida a título de tributo. É o mais importante ato administrativo tributário).

1.2. Princípio da Anterioridade

Disposto no art. 150, III, “b”, da CF/88, é um princípio exclusivamente tributário. A lei que cria ou aumenta um tributo, ao entrar em vigor, fica com sua eficácia suspensa até o início do próximo exercício financeiro, quando

produzirá todos os seus efeitos. O exercício financeiro, no Brasil, inicia-se em 1.º de janeiro e termina em 31 de dezembro, coincidindo o ano civil com o ano fiscal.

A lei criada em um exercício só poderá entrar em vigor, ter incidência, a partir de 1.º de janeiro do exercício seguinte. Pelo princípio da anterioridade, a lei que cria ou aumenta um tributo deve entrar em vigor num exercício financeiro e tornar-se eficaz no próximo exercício financeiro.

Por trás do princípio da anterioridade está a idéia de que o contribuinte não seja pego de surpresa, reforçando a segurança jurídica da tributação.

O princípio da anterioridade existe para favorecer o contribuinte, assim, uma lei que isenta ou reduz o tributo poderá ter incidência imediata. Somente tributos criados ou aumentados deverão obedecer ao princípio da anterioridade. Também deverá atender ao princípio da anterioridade aquela lei que revoga uma isenção.

A Súmula n. 615 do STF dispõe, entretanto, que "a lei que revoga a isenção de ICM não precisa atender à anualidade", ou seja, a norma que revoga a isenção de ICMS não precisa atender à anterioridade. Alguns entendem que essa súmula é inconstitucional, visto que a revogação da isenção de um tributo estará recriando o tributo.

As exceções ao princípio da anterioridade estão dispostas no art. 150, § 1.º, da CF/88 e são:

- imposto sobre a importação;
- imposto sobre a exportação;
- IPI;

- IOF;
- imposto lançado por motivo de guerra.

Os quatro primeiros poderão ter suas alíquotas aumentadas por decreto (art. 153, § 1.º, da CF/88).

Também não precisam obedecer ao princípio da anterioridade os empréstimos compulsórios para atender às despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública, guerra externa ou sua iminência (art. 148, I, da CF/88).

O art. 195, § 6.º, da CF/88 veicula uma anterioridade especial. Dispõe que a lei que cria uma contribuição social para a Seguridade Social só poderá incidir 90 dias após sua publicação. Nesse caso, obedece-se a uma anterioridade medida (anterioridade nonagesimal). O STF entende que o princípio da anterioridade é uma cláusula pétrea e não pode ser limitado por EC.

1.2.1. Princípio da Anualidade

Vigorou no Brasil enquanto vigorou a CF/46. Dispunha que "nenhum tributo será cobrado sem prévia autorização orçamentária anual". Lei orçamentária é o ato-condição a regular cobrança dos tributos. Esse princípio da anualidade foi substituído pelo princípio da anterioridade por meio da EC n. 18/65 e depois veio disposto na CF/88.

1.3. Princípio da Segurança Jurídica da Tributação

Em sua dupla manifestação (certeza do direito e proibição do arbítrio), exige que as leis sejam irretroativas. Não poderá haver tributo sem que a lei anterior preveja (*nullum vectigal sine praevin lege*).

A lei tributária deve ser anterior ao fato imponível (art. 150, III, "a", da CF/88), não havendo exceção a essa regra. Quando a lei, de alguma forma, aumenta ou cria o tributo, não poderá retroagir a fatos anteriores à sua promulgação.

Em se tratando de leis tributárias benéficas, essa regra não é de observância obrigatória, ou seja, essas leis poderão retroagir, nos termos do art.106 do CTN.

DIREITO TRIBUTÁRIO

1. FONTES FORMAIS SECUNDÁRIAS

São consideradas de menor importância que as fontes primárias, uma vez que possuem a função de viabilizar os comandos destas. Assim, temos como fontes formais secundárias: decretos e regulamentos, instruções ministeriais, circulares, normas complementares.

1.1. Decretos e Regulamentos

São expedidos pelo Chefe do Poder Executivo com o objetivo de possibilitar a fiel execução das leis.

1.2. Instruções Ministeriais

Explicitam leis e decretos, possuem como destinatários os servidores públicos em seus relacionamentos com os contribuintes em geral.

1.3. Circulares

As circulares, ordens de serviços e outros da mesma natureza, são atos administrativos emitidos pelos chefes dos departamentos ou seções. Sua denominação pode variar em face das normas administrativas de cada entidade de Direito Público.

1.4. Normas Complementares

Normas complementares, de acordo com o art. 100 do CTN são:

- atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;
- decisões de órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa aos quais a lei atribua eficácia normativa;
- práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas (art. 100 do CTN).

2. DOUTRINA

São os ensinamentos dos juristas acerca do Direito Tributário.

3. JURISPRUDÊNCIA

São decisões do Poder Judiciário acerca de questões tributárias.

DIREITO TRIBUTÁRIO

1. VIGÊNCIA E APLICAÇÃO DAS LEIS TRIBUTÁRIAS

1.1. Entrada em Vigor da Lei Tributária

A lei tributária entra em vigor na data que a própria lei apontar. Se a lei não especificar, socorre-se da regra geral trazida pelo art. 1.º da LICC: as leis entram em vigor, no Brasil, 45 dias após sua publicação, salvo disposição em contrário. O § 1.º do referido artigo estabelece que, no exterior, as leis entram em vigor 90 dias após sua publicação (territórios fictos, tais como embaixada, aeronaves etc.).

O período entre a publicação da lei e sua vigência chama-se *vacatio legis*, e serve para que os futuros destinatários da lei possam conhecê-la e prepararem-se para bem cumpri-la. Quanto mais complexa for a matéria em questão, mais se estende a *vacatio legis*. A CF/88 não regula a *vacatio legis*, deixando a questão ao arbítrio do legislador.

O veículo adequado para a criação de tributos é a lei ordinária. As exceções são o empréstimo compulsório (art. 148, CF); os impostos de natureza residual (art. 154, inc. I, CF) e as contribuições a que se refere o art. 195, § 4.º, CF, que devem ser criados por lei complementar.

A lei ordinária é ato complexo, pois participam pelo menos dois Poderes para a sua formação (Legislativo e Executivo). De acordo com o processo legislativo, toda lei ordinária passa por uma fase introdutória (iniciativa), uma fase constitutiva (deliberação e sanção) e, ainda, uma fase complementar (promulgação e publicação).

A LC n. 90/98 dispõe que, ao término do processo legislativo, devem as leis ser publicadas para que se tornem conhecidas. Se a lei tributária for federal, sua publicação deverá ocorrer no *DOU*; se estadual, no *DOE*; se distrital, no *DO-DF* e, se municipal, sua publicação deverá ocorrer no *DOM* ou, em sua falta, nos periódicos de circulação local.

1.2. Publicação

A publicação é o ato de conhecimento da lei, requisito de eficácia da lei. Assim, a falta de publicação ou a publicação irregular impedem que a lei produza seus efeitos. Com a publicação regular, nasce uma presunção absoluta de que a lei é conhecida. A publicação tem efeito certificatório, ou seja, proclama *erga omnes* que a ordem jurídica foi inovada.

1.2. Diferença entre Elisão Fiscal e Evasão Fiscal

A elisão fiscal é um meio lícito de evitar ou diminuir a carga tributária. Já a evasão fiscal é um meio ilícito de evitar ou diminuir a carga tributária por meios fraudulentos.Ex.: vender mercadoria sem nota fiscal. A evasão fiscal é crime contra a ordem tributária (art. 1.º da Lei n. 8.137/90).

1.3. Revogação

A revogação pode ser total (ab-rogação) ou parcial (derrogação).

A lei tributária de caráter especial não revoga nem é revogada pela lei tributária de caráter geral. Ex.: o art. 174 do CTN dispõe que a ação de cobrança de tributos prescreve em cinco anos; o art. 46 da Lei n. 8.212/91

dispõe que a ação de cobrança de contribuições sociais para a Seguridade Social prescreve em dez anos. O art. 46 não revogou o art. 174, devendo ser entendido somente para as contribuições sociais para a Seguridade Social.

Revogada, a lei tributária não mais voltará a vigorar, ainda que desapareça a lei que a revogou. Não há efeito repristinatório no Direito Tributário Brasileiro. Se a lei "A" é revogada pela lei "B"; ainda que a lei "C" venha a revogar a lei "B", a lei "A" não voltará mais a produzir efeitos.

2. INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DAS LEIS TRIBUTÁRIAS

2.1. Interpretação

Interpretação é o procedimento lógico pelo qual se observam o significado, o conteúdo e o alcance de uma dada norma jurídica. Qualquer pessoa pode interpretar a lei. A única interpretação vinculada é a feita pelo Juiz, que obriga as partes no caso concreto (prerrogativa do Juiz).

Por força do princípio da tipicidade fechada, não se aplica analogia em lei tributária se resultar na exigência de tributo não previsto (art. 108, § 1.º, CTN).

2.2. Interpretação das Leis Tributárias

2.2.1. Quanto ao sujeito que a realiza

- *Autêntica*: é feita pelo Poder Legislativo por meio de leis interpretativas (lei posterior interpretando lei anterior). O art. 106, I,

do CTN dispõe que a lei tributária interpretativa retroage à data da entrada em vigor da lei tributária interpretada.

- *Doutrinária*: é feita pelos juristas. Será mais ou menos valiosa de acordo com a maior ou menor intelectualidade do jurista que fez a interpretação. Não é fonte de direito, visto que não prescreve nenhum comportamento, apenas descrevendo o direito. A linguagem doutrinária é uma linguagem descritiva e a linguagem do Direito é uma linguagem prescritiva.

- *Judicial*: é feita pelo Poder Judiciário por meio de suas sentenças e seus acórdãos. A cristalização das decisões judiciais forma a chamada jurisprudência. A jurisprudência não é fonte de direito nem vincula o Poder Judiciário, ou seja, não se pode exigir que a jurisprudência prevaleça.

2.2.2. Quanto aos meios de que se vale o intérprete

- *Gramatical*: é a simples leitura da lei. É um trabalho preliminar. É uma interpretação leiga que prepara a interpretação jurídica.

- *Lógica*: vale-se de elementos sistemáticos e teleológicos. O elemento teleológico (*mens legis*) é a busca da vontade do Estado contida na lei (*voluntas legis*).

2.2.3. Quanto aos resultados que produz

- *Extensiva*: vai além da lei. Entende-se que o interesse público, no caso de omissão da lei, ou numa situação de dúvida, deve prevalecer (*in dubio pro fisco*).

- *Restritiva*: fica aquém da lei. Na omissão desta, não prevalece a vontade do fisco (*in dubio contra fisco*).

- *Declaratória*: fica nos estritos limites da lei. Utilizada nos dias de hoje. No caso de dúvida, devem prevalecer os estritos limites da lei (*in dubio pro lege*). Se houver, entretanto, dúvidas insuperáveis, deve-se utilizar a interpretação restritiva.

2.3. Integração

Integrar é buscar solução para um caso concreto se houver lacuna da lei. O CTN cuida da integração em seu art. 108, prevendo, inclusive, a ordem de utilização das fontes de integração.

No campo tributário, a analogia não pode resultar em um novo tributo ou aumento deste (art. 108, § 1.º, do CTN). Por outro lado, a eqüidade não pode dispensar o sujeito passivo do pagamento de um tributo previsto em lei (§ 2.º do art.108, do CTN).

Obs.: ler arts. 110 a 112 do CTN.

DIREITO TRIBUTÁRIO

Competência Tributária

1. CONCEITO

Competência tributária é a aptidão para criar *in abstrato* tributos, descrevendo legislativamente sua hipótese de incidência, seus sujeitos ativos, seus sujeitos passivos, suas bases de cálculo e suas alíquotas.

A rigor, a competência tributária é a aptidão não só para criar tributos, mas também para atingir outros fins, como aumentar, parcelar, diminuir, isentar.

2. CARACTERÍSTICAS DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

A competência tributária possui vários traços característicos:

- é privativa;
- incaducável;
- de exercício facultativo;
- inampliável;
- irrenunciável;
- indelegável.

2.1. Privativa

A competência tributária é privativa da União, dos Estados-Membros, dos Municípios e do Distrito Federal. Ao se dizer privativa, entenda-se exclusiva. Ex.: a competência que a União recebeu para instituir o Imposto de Renda exclui os demais órgãos tributantes de instituí-lo (Estado, Município e Distrito Federal).

Tanto em relação aos impostos quanto em relação à contribuição de melhoria, a competência tributária é privativa.

Em relação aos impostos, a CF/88 utilizou dois critérios: critério material de repartição de competências impositivas; critério territorial de repartição de competências impositivas.

2.1.1. Critério material de repartição de competências impositivas

A Constituição Federal descreveu objetivamente fatos que poderão ser colocados na hipótese de incidência de vários impostos. Com esse critério, a CF/88 evitou conflitos entre a União, os Estados e os Municípios. Não conseguiu, entretanto, evitar a guerra fiscal entre os Estados, os Municípios e o Distrito Federal.

2.1.2. Critério territorial de repartição de competências impositivas

O critério territorial de repartição de competências foi criado para evitar conflitos entre Estados, Municípios e Distrito Federal. Por esse critério, cada Estado, Município e o Distrito Federal terá competência para tributar nos

limites de seu território. As leis tributárias só poderão incidir sobre os fatos ocorridos no território de cada pessoa política.

Em relação às taxas e contribuições de melhoria, há alguma divergência. A doutrina tradicional sustenta que a competência para a criação de taxas e contribuições de melhoria é comum. Esse entendimento, entretanto, é equivocado, visto que todas as pessoas políticas podem criar taxas e contribuições de melhoria, mas não as mesmas.

Tem competência para exigir a taxa ou a contribuição de melhoria a pessoa política que:

- *Tiver competência administrativa para realizar a atuação estatal*: pessoa política que tem competência para prestar o serviço público, praticar ato de polícia ou realizar obra pública.

- *Tiver regulada, por meio de lei, essa atuação estatal*: o art. 21 da CF/88 aponta as competências administrativas da União, o art. 25 da CF/88 aponta as competências administrativas dos Estados-Membros, os arts. 29 e 30 apontam as competências administrativas dos Municípios e o art. 32 da CF/88 aponta a competência administrativa do Distrito Federal. A Administração Pública só pode agir quando uma lei lhe determina a conduta.

- *Tiver efetivamente atuado ou, em relação à taxa, estiver pelo menos em condições de atuar assim que recolhido o tributo*: a taxa de serviço somente poderá ser cobrada depois que o serviço público for prestado. A contribuição de melhoria só poderá ser cobrada após serem realizadas as obras públicas. As taxas de polícia somente podem ser cobradas após a prática do ato de polícia.

A competência administrativa residual foi dada aos Estados pelo art. 25, § 1.º, da CF/88, ou seja, a competência dos Estados é toda aquela que não for de competência nem da União nem dos Municípios. O § 1.º do art. 32 estende ao Distrito Federal as competências estabelecidas para os Estados. Então o Distrito Federal também tem competência administrativa residual para criar taxas e contribuições de melhoria.

O art. 32 da CF/88 apontou as competências administrativas do Distrito Federal.

2.2. Incaducável

A competência tributária, além de ser privativa, é incaducável, ou seja, não há prazo. Ex.: imposto sobre grande fortuna – a União poderá exercer a competência a qualquer momento.

O não-exercício da competência tributária, ainda que prolongado no tempo, não tem a propriedade de impedir que a pessoa política venha ao final criar o tributo que lhe foi constitucionalmente deferido.

Competência tributária nada mais é que competência para legislar sobre tributos. A competência legislativa tributária é competência legislativa incaducável.

O que caduca é a capacidade tributária ativa, ou seja, o direito de exigir o tributo, que prescreve em cinco anos, conforme o disposto no art. 174 do CTN.

2.3. De Exercício Facultativo

A pessoa política é livre para exercitar sua competência tributária; é livre para criar ou não os tributos que a Constituição lhe outorgou. O não-exercício da competência tributária pela pessoa política não a defere a outra ou outras pessoas políticas, ou seja, o fato de a pessoa política não exercer sua competência tributária não permite que outra pessoa política possa exercê-la. A competência tributária não é *res nullis*, a competência tributária é privativa de cada pessoa política (art. 8.º do CTN). Há, entretanto, uma exceção a essa regra: a competência para criar o ICMS é obrigatória.

2.4. Inampliável

A competência tributária é inampliável por decisão unilateral da própria entidade tributante, ou seja, a própria entidade tributante não poderá alargar a sua competência tributária.

2.5. Irrenunciável

A competência tributária é irrenunciável porque a pessoa política não pode abrir mão por definitivo de sua competência tributária.

Uma lei que o fizesse estaria, também, atentando contra o livre exercício da função legislativa.

2.6. Indelegável

A competência tributária é indelegável, pois a pessoa política não pode transferi-la a outra, nem mesmo por força de lei.

As pessoas políticas tributam por delegação constitucional, portanto não se pode delegar o que se recebeu por delegação ("*delegatur, delegare, non protest*").

Delegável é a capacidade tributária ativa, isto é, o direito de arrecadar o tributo (art. 7.º do CTN).

DIREITO TRIBUTÁRIO

Capacidade Tributária Ativa

1. SUJEITO ATIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ocorrido o fato gerador em concreto, nasce a obrigação tributária, que, como toda e qualquer relação jurídica, tem um sujeito ativo (credor) e um sujeito passivo (devedor).

Sujeito ativo é a pessoa que tem o direito subjetivo de cobrar o tributo, é a pessoa que tem capacidade tributária ativa (credor do tributo). A capacidade tributária ativa está situada no plano da atividade tributária em sentido secundário (concreto) e é, lógica e cronologicamente, posterior ao nascimento do tributo.

Na maioria das vezes, a pessoa política que cria o tributo o arrecadará. Visto, entretanto, que a capacidade tributária é delegável por lei, nada impede que a pessoa política, tendo criado um tributo, delegue o direito de arrecadá-lo para pessoa diversa. Somente pode haver delegação de capacidade tributária ativa por meio de lei (princípio da legalidade).

A pessoa que não criou o tributo, mas irá arrecadá-lo, poderá:

- *arrecadar o tributo em nome e por conta da entidade tributante*: nesse caso, dá-se o fenômeno da sujeição ativa auxiliar;
- *arrecadar o tributo para si própria*: nesse caso, dá-se o fenômeno da parafiscalidade.

1.1. Sujeição Ativa Auxiliar

O sujeito ativo auxiliar não passa de um substituto *ex legis* do sujeito ativo; é um mero arrecadador do tributo. Pode-se comparar o sujeito ativo auxiliar com o cobrador da empresa privada. A mesma lei que delega a capacidade tributária ao sujeito ativo auxiliar poderá fixar uma porcentagem sobre o tributo arrecadado que ficará com o mesmo.

No Brasil, o fenômeno não é comum, havendo dois casos:

- ICMS sobre o consumo de energia elétrica;
- ICMS sobre serviços de telefonia.

Nesses casos, a companhia, após receber a conta, remete a quantia referente ao ICMS para os cofres públicos.

O sujeito ativo auxiliar é remanescente da época em que o Estado não estava bem estruturado, estando tal figura fadada, por esse motivo, ao desaparecimento.

1.2. Parafiscalidade

É o fenômeno mais comum. Parafiscalidade é a delegação de capacidade tributária ativa que a pessoa política, por meio de lei, faz à terceira pessoa, a qual, por vontade dessa mesma lei, passa a dispor do produto arrecadado.

Podem ser beneficiadas com a parafiscalidade:

- pessoas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal);

- autarquias (pessoas jurídicas de Direito Público de nível meramente administrativo).

1.2.1. Diferença entre parafiscalidade e extrafiscalidade

A parafiscalidade é a delegação de capacidade tributária ativa que a pessoa política, por meio de lei, faz à terceira pessoa, a qual, por vontade dessa mesma lei, passa a dispor do produto arrecadado.

Extrafiscalidade é o emprego dos meios tributários para fins não fiscais, mas ordinatórios, isto é, para disciplinar comportamentos de virtuais contribuintes.

A tributação quase sempre persegue fins fiscais, ou seja, abastecer os cofres públicos para atender à finalidade do Estado.

Zona Franca: recebe incentivos fiscais, portanto tem a finalidade de incentivar os contribuintes a se instalarem em determinadas regiões. Esse é um exemplo de extrafiscalidade.

1.2.2. O controle do Tribunal de Contas

As pessoas que arrecadam para si tributos devem ter suas contas apreciadas pelo Tribunal de Contas (art. 71, inc. II, CF/88):

- *pessoa federal*: Tribunal de Contas da União;
- *pessoa estadual*: Tribunal de Contas do Estado respectivo;
- *pessoa distrital*: Tribunal de Contas do Distrito Federal;

- *pessoa municipal-paulistana*: Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

Qualquer outro município: Tribunal de Contas do Estado respectivo (ou órgão administrativo equivalente).

A CF/88 abre espaço para criação de uma Casa de Contas Municipal, que é um órgão administrativo equivalente, que julga as contas do Município em que foi criado. Todos os Tribunais de Contas emitem um parecer prévio que deve ser aprovado pelo voto de $^{2}/_{3}$ dos legisladores da Câmara local. É um órgão auxiliar, consultivo.

DIREITO TRIBUTÁRIO

Capacidade Tributária Passiva

1. SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

Sujeito passivo da obrigação tributária é o devedor do tributo, é a pessoa que tem o dever jurídico de efetuar o pagamento do tributo, ou seja, é a pessoa que tem capacidade tributária passiva.

Qualquer pessoa possui capacidade tributária passiva. Até mesmo as pessoas políticas. Essas são imunes apenas aos impostos, podendo ser obrigadas a pagar taxas e contribuições de melhoria. O mesmo ocorre com as autarquias.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista possuem total capacidade tributária passiva (capacidade plena). Devem ser submetidas ao mesmo tipo de tributação que as pessoas jurídicas privadas (art. 173, §§ 2.º e 3.º, da CF/88).

As empresas privadas e os particulares por maior razão devem figurar no pólo passivo da capacidade tributária.

Por força do princípio da legalidade, o sujeito passivo da obrigação tributária deve ser apontado na lei. Essa lei não pode individualizar o contribuinte. A lei deve apenas estabelecer critérios que permitirão a identificação do contribuinte após a ocorrência do fato gerador *in concreto* (fato imponível).

O sujeito passivo, na lei, é virtual (potencial); e somente após a ocorrência do fato gerador é que se torna efetivo (real).

A lei não individualiza o contribuinte para não ofender o princípio da igualdade.

A pessoa política, ao editar a lei, deve respeito às normas constitucionais (norma padrão de incidência de todas as normas tributárias).

A Constituição Federal de 1988 indica:

- hipótese de incidência possível;
- sujeito ativo possível;
- sujeito passivo possível;
- base de cálculo possível;
- alíquota possível.

O contribuinte tem o direito de pagar o tributo na região onde se encontra domiciliado ou sediado.

1.1. Diferença entre Contribuinte de Direito e de Fato

O contribuinte de direito é a pessoa que figura no pólo passivo da obrigação tributária. Já o contribuinte de fato é o destinatário da carga econômica do tributo, ou seja, quem suporta o ônus financeiro do tributo.

Normalmente, contribuinte de fato e de direito se confundem. Porém, algumas vezes se distinguem.

ICMS:

- contribuinte de fato: consumidor final;
- contribuinte de direito: comerciante.

IR:

- contribuinte de fato e de direito são o mesmo.

1.2. Sujeito Passivo da Obrigação Tributária

1.2.1. Direto (contribuinte)

Contribuinte direto é o realizador do fato imponível. Ele paga o tributo à título próprio, pois é o seu patrimônio que desde o primeiro momento vai ser alcançado pela carga econômica do tributo.

1.2.2.Indireto (responsável)

Contribuinte indireto, ou responsável, é o que paga o tributo em nome do contribuinte. Não é o realizador do fato imponível. Na verdade, paga o tributo a título alheio (em nome e por conta do contribuinte). Seu patrimônio, num primeiro momento, é alcançado pela carga econômica do tributo.

Entre o contribuinte e o responsável deve, necessariamente, existir uma relação jurídica que permita ao último o pronto ressarcimento.

A sujeição passiva indireta só é possível nos casos dos impostos, em que não há uma contraprestação por parte do Estado.

A sujeição passiva indireta pode se dar:

- *por transferência*: ocorre quando, após a ocorrência do fato gerador, a lei impõe a uma terceira pessoa, que não tem relação pessoal e direta com o fato gerador, a obrigação do pagamento do tributo;
- *por substituição*: dá-se quando o dever de pagar o tributo por expressa determinação legal nasce de *imediato* na pessoa do responsável, ou seja, assim que ocorre o fato imponível, já é cobrado do responsável.

A EC n. 19/98 acrescentou novo parágrafo ao art. 150 da Constituição Federal, permitindo a cobrança antecipada de imposto do substituto tributário cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente.

São modalidades de sujeição passiva indireta:

- *Solidariedade (art. 124 do CTN)*: dá-se quando duas ou mais pessoas são co-obrigadas pela lei a responderem pelo mesmo débito tributário. A solidariedade pode advir de lei ou de contrato, contudo, em matéria tributária só pode haver solidariedade legal por meio de lei da pessoa jurídica competente. A solidariedade tributária não admite benefício de ordem (art. 124, par. ún., do CTN). O devedor solidário não pode excutir o débito, ou seja, alegar o benefício de ordem (cobrar de todos para depois cobrar de um só).
- *Sucessão (arts. 129/133 do CTN)*: dá-se quando o primitivo devedor tributário desaparece, deixando quem lhe faça juridicamente as vezes. Respondem até a força da herança, se a sucessão se der *causa mortis*. Pode ocorrer também *inter vivos*, quando uma empresa adquire o ativo

e o passivo de outra.

- *Responsabilidade legal (arts. 134 do CTN)*: dá-se quando a pessoa que tem o dever de fiscalizar o recolhimento do tributo por parte do contribuinte não o faz e, em conseqüência, ele acaba não sendo pago. Tal pessoa, num primeiro momento, responderá pelo débito tributário. Ex.: o tabelião, por lei, é obrigado a registrar a escritura de venda e compra do imóvel somente depois de verificar se houve o recolhimento do ITBI. Se registra e vê-se que o ITBI não foi recolhido, o tabelião é que deverá recolhê-lo por responsabilidade legal. O tabelião terá direito de regresso contra o adquirente do imóvel (responsável pelo tributo).

MÓDULO XI

DIREITO TRIBUTÁRIO
A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

DIREITO TRIBUTÁRIO

A Constituição do Crédito Tributário

1. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO

Quando ocorre o fato gerador *in concreto*, nasce a obrigação tributária. Essa, ao nascer, tem um sujeito ativo, um sujeito passivo e um objeto.

1.1. Objeto do Crédito Tributário

Objeto do crédito tributário é a quantia que terá de ser paga a título de tributo (*quantum debeatur*). No instante em que nasce a obrigação tributária, surge o crédito tributário. Quase sempre, porém, o crédito tributário nasce com característica de iliquidez, isto é, não se sabe quanto terá de ser pago, sendo necessário que esse crédito seja liquidado, ou seja, que se torne certo quanto à sua existência e determinado quanto ao seu objeto.

1.2. Lançamento

É o ato administrativo de aplicação da norma tributária material ao caso concreto.

Quem é o contribuinte?

Quanto ele deve ao Fisco?

Onde ele deve efetuar o pagamento do tributo?

Como ele deve efetuar o pagamento do tributo?

Quando ele deve efetuar o pagamento do tributo?

O lançamento dá respostas a essas 5 (cinco) indagações.

O lançamento não faz nascer o tributo. O tributo tem por fonte a lei, dela derivando imediatamente. O lançamento não passa de um mecanismo jurídico que dá liquidez, certeza e exigibilidade ao tributo, que lhe é lógica e cronologicamente anterior.

O lançamento, portanto, é um ato administrativo declaratório (segundo o art. 142 do Código Tributário Nacional, o lançamento é um ato administrativo; não cabe à lei definir). Decorre que ele produz efeitos *ex tunc*, ou seja, seus efeitos retroagem à data da ocorrência do fato imponível. A lei aplicável é a que está vigente à época da ocorrência do fato imponível. É a característica da ultratividade da lei tributária.

Art. 144 do Código Tributário Nacional: "*O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada*."

1.3. Procedimento Administrativo

Segundo HELY LOPES MEIRELLES, "procedimento administrativo é a sucessão ordenada de operações que propiciam a formação de um ato final objetivado pela Administração" [1]

O lançamento é um ato administrativo que pode ser resultado de um procedimento administrativo.

[1] *Direito Administrativo Brasileiro.* 26.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

Ocorrido o fato imponível, o tributo nasce; mas ele não pode ser voluntariamente pago pelo contribuinte – e, muito menos, exigido pela Fazenda Pública – sem o lançamento.

O lançamento consubstancia o crédito tributário, declarando, formal e solenemente, quem é o contribuinte e o quanto ele deve ao Fisco.

Com o lançamento, a obrigação tributária que já existia, mas era ilíquida e incerta, passa a ser líquida e certa, exigível em data e prazo determinados.

Segundo ALBERTO XAVIER, o lançamento não passa de um ato complementar que age como título jurídico da obrigação tributária.[2]

Por ser um ato administrativo, o lançamento goza de presunções de legitimidade e de veracidade, até prova em contrário, a ser produzida pelo contribuinte (princípio da predominância do interesse público sobre o interesse privado).

O lançamento é um ato administrativo vinculado. O agente administrativo apenas cumpre a lei. O agente fiscal é obrigado a lançar no estrito termo da lei. Aquele que descumprir a lei incide em responsabilidade funcional (art. 142, par. un., do CTN).

Por ser vinculado, o lançamento é apenas anulável (não é revogável). Isso porque os atos administrativos vinculados não podem ser revogados (por conveniência e oportunidade). A anulação do lançamento pode ser decretada, pelo Poder Executivo ou pelo Poder Judiciário, somente mediante provocação da parte interessada (ação anulatória de débito fiscal – prazo de 5 anos após o lançamento).

De acordo com a maior ou menor participação do contribuinte na prática do ato administrativo do lançamento, ele pode ser:

[2] Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro. *Resenha Tributária*, 1977.

- *direto (ofício)*: feito diretamente pelo Fisco. O contribuinte não é chamado para colaborar com a Fazenda Pública para que o lançamento se constitua. Ex.: IPTU.
- *misto (por deliberação)*: feito pelo Fisco com concurso do contribuinte. Ex.: IR.
- *por homologação (autolançamento)*: realizado pelo contribuinte *ad referendum* da Fazenda Pública. Essa verifica os cálculos do contribuinte e, se aprovar, os homologa. Estando em desacordo, a Fazenda Pública os glosa. Ex.: ICMS.

1.4. Notificação

O lançamento é levado a conhecimento oficial do contribuinte por meio de notificação, que é o ato administrativo que dá eficácia ao lançamento. Deve-se operar *in persona*, ou seja, na pessoa do contribuinte, em princípio. Pode ser feito pelo correio com aviso de recebimento. Sempre, porém, será dado ao contribuinte fazer prova de que não foi notificado, sem sofrer ônus.

A notificação é acessória em relação ao lançamento. Se esse é válido e aquela nula, basta que se faça nova notificação. A recíproca, no entanto, não é verdadeira.

MÓDULO XII

DIREITO TRIBUTÁRIO

Praça Almeida Júnior, 72 – Liberdade – São Paulo – SP – CEP 01510-010
Tel.: (11) 3346.4600 – Fax: (11) 3277.8834 – www.damasio.com.br

DIREITO TRIBUTÁRIO

Auto de Infração

O auto de infração e imposição de multa (AIIM), como o próprio nome diz, é o documento formal no qual a Administração Pública apontará a falha cometida (ilicitude praticada) pelo sujeito passivo da obrigação tributária, impondo-lhe a respectiva penalidade.

O referido documento deve ser lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá, obrigatoriamente: a qualificação do autuado; o local, data e a hora da lavratura; a descrição do fato; a disposição legal infringida e a penalidade aplicável; a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 (trinta) dias; a assinatura do autuante, além da indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Convém ressaltar a opinião de RUY BARBOSA NOGUEIRA com relação ao auto de infração e de imposição de multa:

"A legislação do IPI, como a do ICMS e ISS, previram que o agente fiscal pode impor desde logo, na peça de acusação que é o auto de infração, a multa (passando a designar essa peça de *auto de infração e de imposição de multa*), e, se o contribuinte não a discutir e pagar dentro do prazo assinalado, terá abatimento. Como já salientamos, tais disposições ferem os princípios de justiça, transformando agentes fiscais em árbitros e coagindo o contribuinte. Esse não é o "processo regular", não obedece sequer ao princípio do contraditório, que o CTN assegura ao contribuinte, mesmo nas hipóteses mais delicadas do seu art. 148. O auto de infração, a representação etc. nada mais são do que atos de instauração de lançamento de ofício ou de revisão de lançamento: apenas início de procedimento."

O auto de infração equivale ao lançamento? Tanto quanto o lançamento, ele constitui o crédito tributário?

Não, o auto de infração apenas constitui a sanção tributária, ou seja, consoante PAULO DE BARROS CARVALHO, "temos um fato delituoso, caracterizado pelo descumprimento de um dever estabelecido no conseqüente de norma tributária." No lançamento temos "um fato lícito, em que não encontraremos violação de qualquer preceito, simplesmente uma alteração no mundo social a que o direito atribui valoração positiva."

O auto de infração é um ato administrativo porque corresponde a uma manifestação objetiva da vontade do Estado, enquanto parte diretamente interessada em uma relação jurídica.

Em havendo falta de pagamento do tributo respectivo, no mesmo documento (auto de infração), poderá ser formalizado o crédito tributário. Pela freqüência com que ocorrem essas conjunções, falam, alguns, em "auto de infração" no sentido largo (dois atos no mesmo instrumento) e "auto de infração" *stricto sensu*, para denotar a peça portadora de norma individual e concreta de aplicação de penalidade a quem cometeu ilícito tributário (PAULO DE BARROS CARVALHO).

Ato Administrativo	Lançamento	Auto de infração
Agente:	Agente fiscal	Agente fiscal
Objeto:	Formalizar o crédito tributário	Formalizar a sanção tributária
Forma:	Auto de lançamento	Auto de infração
Motivo:	Ter ocorrido o fato imponível (ato lícito)	Ter ocorrido o descumprimento do dever jurídico tributário (ato ilícito)

Finalidade:	Possibilitar o recolhimento do tributo	Possibilitar o recolhimento da multa fiscal

Assim, o auto de infração:

- apura o valor do tributo (lançamento);
- apura o valor da multa (auto de infração propriamente dito);
- dá ciência ao contribuinte de que deve pagar o tributo, num dado prazo (notificação do lançamento);
- dá ciência ao contribuinte de que deve pagar a multa, num dado prazo (notificação do auto de infração).

Os dispositivos legais que trazem os requisitos, os quais devem conter os autos de infração, são:

- para tributos federais – art. 10 do Dec. n. 70.235/72;
- para os tributos estaduais – art. 534 ao 536 do Regulamento do ICMS – Dec. n. 45.490/00.

DIREITO TRIBUTÁRIO

1. CAUSAS SUSPENSIVAS DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO (arts. 151 a 155-A do Código Tributário Nacional)

Quando ocorrer o fato imponível e forem praticados o ato de lançamento e a notificação do sujeito passivo, o tributo já estará “em termos”, em condições de ser pago pelo contribuinte e recebido pela Fazenda Publica, ou seja, o crédito tributário passará a ser exigível.

Pode ocorrer, entretanto, um fato novo que venha a adiar o pagamento. Trata-se das causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário (ato ou fato a que a lei atribui o efeito de retardar a exigibilidade da cobrança do referido tributo).

Tais causas estão previstas no art. 151 do Código Tributário Nacional e são (obs.: alteração pela Lei Complementar n. 104, de 10.1.2001):

- moratória;
- depósito do seu montante integral;
- reclamações e recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;
- concessão de medida liminar em mandado de segurança;
- concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;
- parcelamento.

Ainda que presente a causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, não desaparece para o contribuinte o dever de cumprir as obrigações acessórias (art. 151, par. ún., do Código Tributário Nacional).

1.1. Moratória (Arts. 152 a 155 do Código Tributário Nacional)

É instituto que prevê a suspensão da exigibilidade do crédito tributário pela dilação legal do prazo para o normal recolhimento do tributo.

Em regra, se a lei não fixa prazo para o recolhimento do tributo, será ele de 30 dias, a contar da regular notificação do lançamento. Só a lei pode conceder moratória, prorrogando aquele prazo (lei formal: princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público); lei essa da pessoa política competente para criar o tributo.

Cada ente político só pode conceder moratória de seus próprios tributos. Para uma corrente doutrinária, o art. 152, inc. I, "b", do Código Tributário Nacional é inconstitucional (fere os princípios federativo, da autonomia municipal e da autonomia distrital). Nesses termos, *vide* art. 151, inc. III, da Constituição Federal.

A moratória é medida de política fiscal. Normalmente, é concedida após episódio que reduz ou diminui a capacidade contributiva do sujeito passivo (ex.: catástrofes naturais etc.).

Consoante HUGO DE BRITO MACHADO, "a Lei Complementar n. 104, de 10.01.2001, inclui um novo inciso no art. 151 do CTN, prevendo hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o *parcelamento*. É mais uma inovação inteiramente inútil porque o parcelamento nada mais é do que uma modalidade de moratória".

Para PAULO DE BARROS CARVALHO, “Moratória é a dilação do intervalo de tempo estipulado para o implemento de uma prestação, por convenção das partes, que podem fazê-lo tendo em vista uma execução unitária ou *parcelada*”.

1.2. Depósito Integral do Montante Tributário

Trata-se de um depósito cautelar feito quando o contribuinte pretende litigar contra o fisco. Para acautelar-se dos efeitos de uma decisão contrária, o contribuinte pode colocar à disposição da Fazenda Pública a quantia que ele entende indevida. Se o contribuinte tiver sua ação julgada improcedente, a quantia será incorporada à Fazenda Pública. Se o contribuinte tiver sua ação julgada procedente, ser-lhe-á restituído o depósito, corrigido monetariamente. Esse depósito pode ser feito na esfera administrativa ou na esfera judicial.

O art. 38 da Lei n. 6.830/80 (Lei das Execuções Fiscais) estabelece que a ação anulatória do débito fiscal deve ser precedida pelo depósito integral do montante a ser discutido. Esse artigo, entretanto, é inconstitucional e fere o princípio da igualdade e o princípio da universalidade da jurisdição. Atinge o princípio da igualdade porque discrimina o contribuinte que não tem possibilidade financeira de depositar o valor, impedindo-o de ter acesso à prestação jurisdicional (assim, o contribuinte com condições de depositar teria acesso ao judiciário e o contribuinte carente dessas condições teria seu acesso ao judiciário tolhido).

O Poder Judiciário declarou letra morta essa parte do art. 38. Existe, inclusive, uma súmula do antigo Tribunal Federal de Recursos (TFR) que dispõe ser facultativo o depósito integral do montante tributário a ser discutido (Súmula n. 247 do Tribunal Federal de Recursos: “Não constitui pressuposto

da ação anulatória do débito fiscal o depósito de que cuida o art. 38 da Lei n. 6.830, de 1980”).

Com relação, porém, à suspensão da exigibilidade do crédito, o Superior Tribunal de Justiça sumulou sobre o assunto: “O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro” (Súmula n. 112).

Surgiu, entretanto, o depósito recursal (depósito para recorrer em instância superior). Na esfera federal, para recorrer ao Conselho de Contribuintes, deve ser depositado entre 30% e 60% do valor da autuação. Vem se consolidando, na jurisprudência, o entendimento de que esse depósito não é inconstitucional.

Essa necessidade do depósito prévio veio ressuscitar a regra *solve et repete* (pague para repetir). Tal regra não mais vigora em face da inconstitucionalidade acima descrita.

Conveniência do depósito: se o contribuinte perder a demanda, incidirão sobre o devido crédito juros e correção monetária, os quais serão cobertos pelos rendimentos do depósito financeiro.

1.3. Interposição de Recurso Administrativo com Efeito Suspensivo

Se o contribuinte, antes de ir a juízo, ingressar com recurso administrativo visando obter seus direitos, e esse recurso for recebido com efeito suspensivo, ele não será alvo de uma execução fiscal. A interposição do recurso administrativo não é obrigatória, ou seja, o ingresso prévio nas vias

administrativas é facultativo, podendo o contribuinte recorrer diretamente ao judiciário.

Qualquer decisão administrativa pode ser revista pelo Poder Judiciário, bastando que a parte sucumbente ingresse com a devida ação (não há trânsito em julgado de decisões administrativas no Brasil). Enquanto o recurso administrativo estiver tramitando, fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário.

1.4. Concessão de Liminar em Mandado de Segurança

Liminar é uma medida cautelar, portanto se deve observar a presença dos requisitos *fumus boni iure* e *periculum in mora*. Enquanto a liminar estiver produzindo efeitos, fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário.

1.5. Concessão de Medida Liminar ou de Tutela Antecipada, em Outras Espécies de Ação Judicial

A inclusão do inc. V no art. 151 do Código Tributário Nacional pela Lei Complementar n. 140, de 10.1.2001, trazendo como hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada em qualquer espécie de ação judicial, veio em boa hora e teve o condão de acabar com as longas discussões que existiam acerca do inc. IV do mesmo artigo. Dado que, para alguns doutrinadores, somente a liminar concedida em mandado de segurança é que suspendia a exigibilidade do crédito tributário.

O novo inciso evidencia o que já vinha sendo reclamado pelos juristas e estava sendo reconhecido pela jurisprudência: as medidas liminares e a

antecipação de tutela, concedidas em qualquer tipo de ação judicial, possuem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário.

1.6. Parcelamento

Para confirmar o entendimento dos doutrinadores citados nesse módulo, sobre o parcelamento ser uma modalidade de moratória, devemos verificar que o legislador não criou outra seção dentro do Capítulo III, mas, sim, incluiu o parcelamento na Seção II, a qual se refere à moratória.

No art. 155-A, incluído pela Lei Complementar n. 104, de 10.01.2001, houve mera especificação da referida modalidade de moratória, em que se estipulou que o parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica. Salvo disposição de lei em contrário, o parcelamento do crédito tributário não exclui a incidência de juros e multas.

O próprio § 2.º, do art. 155-A, do Código Tributário Nacional menciona que se aplicam subsidiariamente ao parcelamento as disposições relativas à moratória.

DIREITO TRIBUTÁRIO

1. CAUSAS EXTINTIVAS DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

O que se extingue é a própria obrigação tributária e não somente o crédito tributário, que é um dos seus elementos (a obrigação tributária possui três elementos: sujeito ativo, sujeito passivo e crédito tributário)– art. 113, § 1.º, parte final, do CTN. Essa regra, porém, não é absoluta: pode ocorrer a extinção de um crédito sem a extinção da obrigação, desde que a causa extintiva tenha afetado apenas a formalização do crédito.

As principais causas extintivas encontram-se enumeradas no art. 156 do CTN:

- pagamento;
- compensação;
- transação;
- remissão;
- prescrição e decadência;
- a conversão de depósito em renda;
- o pagamento antecipado e a homologação do lançamento, nos termos do disposto no art. 150 e seus §§ 1.º e 4.º;
- a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2.º do art. 164;

- a decisão administrativa irreformável, assim entendida a defendida na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória;
- a decisão judicial passada em julgado;
- a dação em pagamento de bens imóveis, na forma e condições estabelecidas na lei.

O rol é exemplificativo, havendo mais três causas de extinção enumeradas pela doutrina:

- confusão;
- desaparecimento, sem sucessor, do sujeito ativo do tributo;
- desaparecimento, sem sucessor, do sujeito passivo do tributo.

As causas extintivas têm o poder de libertar o contribuinte da relação de sujeição que possui com a Fazenda Pública.

A obrigação tributária não permanece no tempo, não é eterna.

1.1. Pagamento

É o cumprimento do objeto da prestação tributária. É um fenômeno jurídico e não só tributário. Pode ser considerado quanto:

- *Ao tempo*: apontado genericamente na lei e especificamente no ato administrativo de lançamento. Se o pagamento do tributo for feito em

prestações, o inadimplemento de qualquer uma delas acarretará o vencimento antecipado das demais.

- *Ao lugar*: é o domicílio ou sede do contribuinte.
- *Ao modo*: os tributos são pagos em moeda ou equivalente (cheque, títulos da dívida pública resgatáveis, selo ou papel selado ou estampilha). Quando pago em cheque, dá-se ao contribuinte uma quitação provisória, que se tornará definitiva após a devida compensação.

1.2.1. Indébito tributário

Qualquer pagamento a maior tipifica um indébito tributário. O indébito tributário deve ser restituído ao contribuinte. Isso ocorre por meio de ação de repetição de indébito, que pode ser proposta até 5 (cinco) anos a contar do recolhimento a mais (art. 168 do CTN).

O art. 169 do CTN trata da ação anulatória da decisão administrativa que denegou o pedido de repetição, cujo prazo de prescrição é de 2 anos.

O art. 166 do CTN dispõe sobre a repetição nas hipóteses de tributos indiretos: "A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por esse expressamente autorizado a recebê-la." *Referido artigo é declarado inconstitucional pela doutrina.*

A Súmula n. 546 do STF esclarece que a repetição dos chamados tributos indiretos só será possível quando não houver o repasse da carga econômica do tributo para o consumidor final (contribuinte de fato) ou quando,

tendo havido esse repasse, o contribuinte de direito estiver autorizado pelo contribuinte de fato a ingressar com o pedido de restituição.

Exemplo de tributo indireto: ICMS – contribuinte de fato é o consumidor final.

1.2. Remissão

Remissão significa perdão. *Remição* significa pagamento.

Remissão é o perdão legal do débito tributário, que pode ser total ou parcial. Somente a lei pode perdoar o débito tributário (lei remissiva), não podendo, a remissão, ser concedida por decretos, portarias ou qualquer outro ato que não seja lei propriamente dita (princípio da legalidade e princípio da indisponibilidade do interesse público). Somente lei específica da pessoa política tributante pode conceder a remissão. (art. 150, § 6.º, da CF/88).

A remissão tanto como a moratória são medidas de política fiscal (moratória é o adiamento da obrigação tributária).

1.3. Compensação

É o encontro de contas do Fisco e do contribuinte, sempre que forem credor e devedor um do outro. Existem duas grandes modalidades de compensação em matéria civil: a legal e a consensual. Em matéria tributária, entretanto, somente é admitida a compensação legal.

Para que a compensação ocorra, é necessária a presença de três requisitos:

- As partes devem ser as mesmas (mesma Fazenda Pública, federal, estadual ou municipal, e mesmo contribuinte). O contribuinte não pode utilizar um crédito federal, por exemplo, para compensar um crédito estadual.

- Os créditos já devem estar liquidados, ou seja, é necessário que se saiba exatamente quanto há de ser pago.

- A existência de uma lei autorizando a medida: cada pessoa política deve legislar a respeito. A União obedece à Lei n. 8.383/91; o seu art. 66 permite a compensação de tributos federais, indevidos ou recolhidos a maior, com outros da mesma espécie. A Fazenda Pública entende que tributo da mesma espécie significa o mesmo tributo (p. ex.: IR somente poderá ser compensado por IR). A doutrina, entretanto, entende que tributo pode ser compensado por tributo, taxa por taxa e contribuição de melhoria por contribuição de melhoria. A jurisprudência tem decidido em favor da doutrina.

1.4. Transação

Transação é um acordo celebrado, com base em lei, entre o Fisco e o contribuinte, pelo qual a primitiva obrigação tributária desaparece, dando lugar a uma ou mais novas obrigações tributárias. É causa extintiva da obrigação tributária, muito rara.

Há quem admita que o parcelamento do débito tributário seria uma modalidade de transação; entretanto, outros doutrinadores entendem que o parcelamento é uma modalidade de moratória.

Em resumo, a transação é um acordo celebrado com base em lei entre o Fisco e o contribuinte, pelo qual a primitiva obrigação tributária desaparece, fazendo nascer uma nova (ou várias) obrigação tributária.

.

1.5. Confusão (doutrina)

Ocorre quando o Fisco se torna, ao mesmo tempo, credor e devedor do tributo. Por exemplo, no caso da herança vacante, os débitos que o espólio possuía para com o Município desaparecem no caso de incorporação de empresas pelo Poder Público.

Ocorrendo a confusão, o débito se extingue, não podendo renascer, se o Poder Público alienar a propriedade a terceiros, objetivando cobrar crédito anterior.

1.6. Desaparecimento sem Sucessor do Sujeito Passivo do Tributo e do Sujeito Ativo (doutrina)

Não pode subsistir a relação jurídica tributária se uma das partes deixa de existir, sem deixar sucessores. Exemplo: desaparecimento de Município em razão de inundação da área onde se localizava (isso ocorreu no Nordeste, na década de 60).

O desmembramento de Goiás e Tocantins não fez desaparecer os débitos tributários, pois houve sucessão.

Exemplo de desaparecimento do sujeito passivo sem deixar sucessores: contribuinte que morre sem deixar bens, apenas dívidas tributárias.

DIREITO TRIBUTÁRIO

Extinção do Crédito Tributário

1. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO

1.1. Noções Gerais

Os arts. 173 e 150, § 4.º, ambos do Código Tributário Nacionaal, dispõem sobre a decadência do direito de efetuar o lançamento.

O art. 174 do Código Tributário Nacional dispõe sobre a prescrição da ação de cobrança do crédito tributário devidamente constituído pelo lançamento.

Antes do lançamento, pode ocorrer a decadência; após o lançamento, pode ocorrer a prescrição.

Ambos os institutos importam na extinção do crédito tributário (art. 156, inc. V, do CTN).

Do disposto acima decorre, como conseqüência prática, que o contribuinte que paga o débito prescrito não tem direito à repetição, pois o direito à percepção do tributo persiste; ao contrário, se o contribuinte pagar tributo lançado após o prazo decadencial, ele faz jus à repetição, pois o direito já não mais existia.

1.2. Decadência

A regra do art. 173 é aplicada para tributos que são lançados de ofício ou por declaração. A regra do § 4.º do art. 150 é aplicada para tributos que são lançados por homologação.

O art. 173 do Código Tributário Nacional estabelece que o direito do fisco, de constituir o crédito tributário, se extingue após cinco anos, contados:

- do primeiro dia do ano seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;
- da data em que for anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente realizado;
- da data em que for tomada qualquer providência administrativa conducente ao lançamento.

O parágrafo único do art. 173 estabelece que "o direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento".

O Fisco tem cinco anos para constituir o crédito tributário.

A lei é quem aponta a data em que o lançamento será efetuado. Exemplo: o IR é lançado no ano seguinte ao do fato imponível. O IR ano base 1996 deveria ser lançado em 1997. Se não foi lançado naquele ano, a Fazenda tem até o dia 31.12.2002 para efetuar o lançamento (cinco anos contados de 1.1.1998).

Anulado o primitivo lançamento por vício formal, pela Administração ou pelo Judiciário, dessa data conta-se o prazo de 5 (cinco) anos.

Exemplo de providência administrativa conducente ao lançamento é a notificação ao contribuinte para que preste as declarações necessárias ao lançamento.

Observação: a contagem do prazo – da data em que for tomada qualquer providência administrativa conducente ao lançamento – só vale se a providência for tomada no mesmo ano em que ocorrer o fato imponível. Se for tomada no ano seguinte, incide a regra da contagem do primeiro dia do ano seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, o *dies a quo* será 01.01 do ano seguinte (regra benéfica ao contribuinte).

Art. 150, § 4., do Código Tributário Nacional: lançamento por homologação. O direito da Fazenda Pública de homologar ou corrigir o autolançamento decai em 5 (cinco) anos, contados da data da ocorrência do fato imponível.

Decorridos os 5 (cinco) anos, opera-se a homologação tácita, cujo efeito é extinguir o crédito tributário. Porém, se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação (a prova compete à Fazenda Pública – norma tributário-penal), o prazo decadencial se prolonga para 20 (vinte) anos (doutrina: prazo máximo admitido em Direito).

1.3. Prescrição

1.3.1. Conceito

Prescrição é a perda da ação inerente ao direito e de toda a sua capacidade defensiva, por seu não exercício durante certo lapso. A fluência do

lapso prescricional, diferentemente do que ocorre com a decadência, pode ser suspensa ou interrompida.

1.3.2. Requisitos para ocorrência da prescrição

- Existência de uma ação exercitável.
- Inércia do titular dessa ação.
- Prolongamento dessa inércia durante certo lapso.
- Ausência de qualquer ato ou fato a que a lei atribua o efeito de impedir, suspender ou interromper a fluência prescricional.

Segundo o art. 174 do Código Tributário Nacional, a prescrição da ação de cobrança do crédito tributário opera-se em 5 (cinco) anos, contados da data de sua constituição definitiva.

A doutrina tem entendido que o *dies a quo*, para o cômputo do prazo prescricional, é o do inadimplemento do contribuinte, pois é a partir dessa data que a Fazenda Pública passa a ter ação exercitável, ou seja, passa a poder executar o devedor .

1.3.3. Causas suspensivas da fluência do lapso prescricional (art. 151 do CTN e arts. 2.°, § 3.° , e 40 da Lei 6.830/80)

São causas suspensivas do crédito tributário aquelas hipóteses que suspendem a exigibilidade do crédito tributário já definitivamente constituído

(moratória, recurso administrativo, liminar ou antecipação de tutela, depósito integral do montante tributário, parcelamento).

Para a execução da dívida tributária, deve o Fisco:

a) inscrever, no livro próprio, a dívida do contribuinte inadimplente (Lei n. 6.830/80, art. 2.º, § 3.º);

b) extrair certidão de dívida ativa (título executivo extrajudicial);

c) ajuizar a execução fiscal, como ação judicial propriamente dita.

A partir da inscrição da dívida no livro próprio, suspende-se o prazo prescricional por 180 dias (Lei n. 6.830/80, art. 2.º, § 3.º), concedendo-se o prazo restante para a realização das operações “b” e “c”.

O art. 40 da Lei n. 6.830/80 estabelece que, quando a execução é iniciada, mas o contribuinte não é encontrado para citação, ou é citado, mas não tem bens para a execução, a prescrição fica suspensa até que se faça a citação ou encontrem-se bens para serem penhorados.

Na verdade, esse dispositivo é inconstitucional, pois pode implicar na imprescritibilidade da dívida tributária. Na Constituição Federal, imprescritíveis são apenas os direitos da personalidade. Porém, esse dispositivo ainda não foi declarado inconstitucional pela via concentrada, apenas pela via difusa (*incidenter tantun*).

1.3.4. Causas interruptivas do lapso prescricional (art. 174, par. ún., do Código Tributário Nacional)

- Despacho do juiz que ordena a citação (Lei n. 6.830/80, art. 8.º, § 2.º) – não mais se interrompe pela citação pessoal do devedor.
- Interrompe-se pelo protesto judicial: medida cautelar disciplinada no CPC, arts. 867 a 873.
- Qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor. Exemplo: a notificação judicial, a intimação judicial e a interpelação judicial.
- Qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor. Exemplo: carta que o contribuinte escreve à autoridade administrativa pedindo prazo maior para pagamento do tributoou parcelamento.

1.4. Decadência e Prescrição das Contribuições Sociais para a Seguridade Social

A Lei n. 8.212/91, art. 45, estabelece que a decadência do direito de lançar tais contribuições opera-se em 10 anos, contados das mesmas hipóteses previstas no art. 183 do Código Tributário Nacional.

A prescrição da ação de cobrança dá-se, também, em 10 anos, conforme o art. 146 da referida lei.

Alguns autores, fundados no art. 146, inc. III, “b”, da Constituição Federal, sustentam a inconstitucionalidade desses dispositivos, pois, prescrição e decadência devem ser reguladas em lei complementar. Porém, essa posição é minoritária, pois, a lei complementar dispõe apenas sobre normas gerais.

DIREITO TRIBUTÁRIO

1. IMUNIDADES E ISENÇÕES TRIBUTÁRIAS

1.1. Distinção entre Incidência, Não-Incidência, Imunidade e Isenção

Incidência: quando ocorre o fato imponível do tributo (fato gerador em concreto).

Não-incidência: quando não ocorre nenhum fato ou quando ocorre um fato tributariamente irrelevante (fato não imponível). Por vezes, porém, fatos tributariamente irrelevantes podem tornar-se tributariamente relevantes, bastando que o ente político o defina como fato imponível. Ex.: ter grande fortuna – a União pode vir a criar o imposto sobre grandes fortunas, dado que a CF/88 prevê sua competência legislativa para tanto.

Imunidade: hipótese de não-incidência tributária constitucionalmente qualificada.

Isenção: hipótese de não-incidência tributária legalmente qualificada.

Os regimes jurídicos da imunidade e da isenção são diversos, embora o efeito seja o mesmo, o não-pagamento de tributo.

Sustenta-se que as hipóteses de imunidade constituem cláusulas pétreas (garantias individuais).

1.2. Imunidades

São hipóteses de não-incidência tributária constitucionalmente qualificada.

Desobedecer a uma situação de imunidade equivale a desobedecer a Constituição.

Imunidade vem de *imunitas*, que significa *guarda*, *proteção*.

Os casos de imunidade só existem em relação a impostos – art. 150, inc. VI, da Constituição Federal – (tributos não-vinculados). Não há imunidade a taxas ou contribuições.

Aparente exceção (art. 5.º, inc. XXXIV, da CF/88): aparente porque o termo *taxa* foi empregado em sentido leigo. É a todos assegurada, independentemente do pagamento de taxas, a obtenção de certidões. Taxa, neste caso, está com o sentido de emolumentos.

1.2.1. Principais hipóteses de imunidade

a) Imunidades genéricas

- Imunidade recíproca entre as pessoas políticas (decorrência do princípio da igualdade) (art. 150, inc. VI, "a"): não há supremacia entre pessoas políticas, pois o princípio da imunidade recíproca deriva dos princípios federativos, da autonomia municipal, de autonomia distrital.

- Exceção: as pessoas políticas não são imunes a impostos quando praticam atos empresariais. Ex.: cantina dentro de uma repartição pública.Imunidade dos templos de qualquer culto, art. 150, inc. VI, “b”, da Constituição Federal, desde que não sejam ofensivos à moral, aos bons costumes ou à segurança nacional: cabe ao ente político provar que o culto é imoral ou atentatório aos bons costumes ou segurança nacional. Há uma tendência em favorecer os cultos e, nesse sentido, tem-se alcançado a loja maçônica e os templos positivistas. Também são considerados imunes os anexos do templo, ou seja, todas as coisas que viabilizam o culto (ex. casa paroquial, abadia, seminário, convento etc.). Art. 150, § 4.º, da Constituição Federal de 1988: a imunidade que alude a alínea “b” se limita às atividades essenciais.

- Partidos políticos e suas fundações, os sindicatos de empregados e as instituições assistenciais, obedecidos os requisitos apontados na Lei (art. 150, inc. VI, “c”, da CF): essa lei é uma lei complementar (art. 146, inc. II, CF/88). O art. 14 do Código Tributário Nacional faz as vezes do art. 146, inc. II, da Constituição Federal de 1988.

Requisitos (art. 14 do CTN):

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título *(Redação dada pela LC n. 104, de 10.1.2001)*;

II – aplicarem integralmente, no país, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III – manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

Os partidos políticos são pessoas jurídicas de direito privado. A imunidade só pode ser concedida quando o partido político está regularmente constituído (registro no TSE).

A central sindical é imune à tributação por meio de impostos; é a somatória dos sindicatos de empregados de uma determinada área.

- O livro, o jornal e o periódico, bem como o papel destinado à sua impressão (art. 150, inc. VI, "d"): a Constituição quis expressar a livre manifestação de pensamento, da cultura etc. São imunes à tributação por meio de impostos, tenha o conteúdo que tiver.

O papel que não se destina à impressão não está imune à tributação.

Os livros raros são imunes. O livro eletrônico (CD-ROM) é abrangido pela imunidade.

Livros que não estão imunes: livro de ata, livro de bordo, livro de ouro, livro-diário etc., porque não se destinam à difusão de pensamentos.

Essa imunidade é objetiva e não subjetiva, ou seja, refere-se apenas ao objeto (livro, periódico ou papel de impressão).

- Art. 150, § 2.º, da Constituição Federal de 1988: são imunes a tributos por meio de impostos as autarquias e as fundações públicas, pois descendem diretamente das pessoas políticas.

- Art. 150, § 3.º, da Constituição Federal de 1988: não há imunidade quanto às atividades econômicas regidas pelo Direito Privado:

  - serviços públicos em que haja pagamento de taxa ou tarifa pelo usuário;

- desonera o promitente comprador de imóvel de autarquia do dever de pagar ITBI.

b) Imunidades tributárias específicas

As imunidades tributárias específicas dizem respeito a um único imposto.

- Art. 153, § 2.º, inc. II, da Constituição Federal de 1988: IR (revogado pela EC n. 20/98).

Há entendimento doutrinário de que este artigo é dáusula pétrea e não poderia ter sido revogado pela Emenda Constitucional. Há quem diga, contudo, que este artigo ainda está em vigor.

São imunes de IR os proventos de aposentadoria recebidos por maiores de 65 anos que não tenham outra fonte de rendimentos.

É dado à lei estabelecer limites para a fruição desse benefício (lei complementar). Autoriza uma lei complementar a regulamentar o assunto. Essa é uma norma constitucional de eficácia contida.

Irradiam efeitos totais. Apenas uma lei complementar poderá restringir-lhe o conteúdo. Enquanto não vier a lei, aqueles com idade superior a 65 anos não pagarão IR.

O governo fez inserir na Lei Ordinária n. 8.383/91 o art. 10, concedendo a isenção aos aposentados que ganham até 5 (cinco) salários mínimos.

Inexistência de outras fontes de rendimento: outras fontes de trabalho.

- Art. 153, § 3.º, inc. III, da Constituição Federal 1988: IPI:

São imunes ao IPI as exportações de produtos industrializados.

Todos aqueles que, de alguma maneira, contribuírem para a exportação (peças dos produtos) são também favorecidos por essa imunidade tributária específica. Para o Poder Público, contudo, apenas o exportador imediato é imune ao pagamento do IPI.

- Art. 153, § 4.º, da Constituição Federal de 1988: ITR:

Estão imunes ao ITR os proprietários de pequenas glebas rurais, desde que não tenham outro imóvel e dele extraíam a sua subsistência.

A Constituição Federal de 1988 remeteu à lei complementar a tarefa de dizer o que é pequena gleba rural.

- Art. 155, § 2.º, inc. X, da Constituição Federal de 1988: ICMS – são várias imunidades:

  - as exportações de mercadorias que forem produtos industrializados, exceto os semi-elaborados, definidos em lei complementar. A imunidade alcança todos os atos preliminares para a fabricação do produto;

  - art. 155, § 2.º, inc. XII, "e", da Constituição Federal de 1988: lei complementar poderá isentar de ICMS exportações de mercadorias que não forem produtos industrializados;

- LC n. 87/96 (Lei Kandir), art. 37, inc. I: isenta de ICMS quaisquer outras exportações (produtos semi-elaborados ou primários). Essa lei fere a autonomia dos Estados, pois prejudica a tributação dos mesmos;

  - as operações interestaduais com energia elétrica e petróleo (combustíveis líquidos e gasosos resultantes de petróleo). A Lei

Kandir (art. 3.º, II) restringiu a imunidade a operações interestaduais para fins de comercialização ou industrialização;

- operações com ouro, quando utilizado como ativo financeiro ou instrumento cambial;

- art. 156, inc. II, *in fine*, da Constituição Federal de 1988: ITBI (SISA): não incide sobre direitos reais de garantias incidentes sobre imóveis (hipoteca e anticrese). Hipoteca é o direito real de garantia incidente sobre o imóvel do devedor ou de terceiro, sem transmissão de sua posse ao credor (art. 809 do CC). Anticrese é o direito real de garantia incidente sobre o imóvel do devedor ou de terceiro, com transmissão de sua posse ao credor para que este perceba e receba seus frutos, imputando-os ao débito (art. 805 do CC);

- art. 156, § 2.º, inc. I, da Constituição Federal de 1988: ITBI – não incide sobre transmissão de imóveis de empresas para a realização de capital e sobre transmissão de imóveis decorrentes de incorporação, cisão, fusão ou extinção de empresas. Este dispositivo existe para facilitar a criação, transformação ou extinção de empresas;

- art. 184, § 5.º, da Constituição Federal de 1988: são "isentas" de impostos federais, estaduais e municipais as transferências de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária. Trata-se de imunidade, não de isenção, pois, quando a não-incidência de impostos é constitucionalmente qualificada, tem-se a imunidade;

- art. 195, § 7.º, da Constituição Federal de 1988: são "isentas" de contribuições sociais para a seguridade social as entidades beneficentes que observarem os requisitos apontados na lei.

Essas contribuições, quando pagas pelo empregador, têm natureza de imposto; quando pagas pelo empregado, têm natureza de taxa por prestação de serviço.

Onde está escrito *isentas*, deve-se ler *imunes*.

Essa lei só pode ser complementar, pois, nos termos do art. 146, inc. II, só a lei complementar pode regular restrições ao poder de tributar. Faz as vezes dessa lei o art. 14 do Código Tributário Nacional, que prevê três requisitos para que haja aquela imunidade.

A imunidade é só ao imposto, não às obrigações acessórias que devem ser cumpridas (ex.: declaração de renda, no caso de instituição educacional sem fins lucrativos). Assim dispõe o art. 9.º do Código Tributário Nacional.

DIREITO TRIBUTÁRIO

1. ISENÇÕES TRIBUTÁRIAS

Segundo o entendimento de Rubens Gomes de Souza, isenção é a dispensa legal do pagamento do tributo, entendimento este compartilhado pela doutrina clássica. Para outros autores, na isenção não há incidência, razão pela qual estes definem isenção tributária como hipótese de não-incidência legalmente qualificada.

O primeiro conceito sustenta que a obrigação tributária nasce, mas não é exigível. O segundo conceito, que é o atual, ou seja, na isenção não há incidência, sustenta que a obrigação nem mesmo chega a nascer. O que para a doutrina clássica era isenção é, na verdade, remissão (causa extintiva da obrigação tributária).

As isenções submetem-se ao princípio da legalidade; assim, só podem ser concedidas por lei, lei *lato sensu* (lei ordinária, lei complementar, decreto legislativo federal e decreto legislativo estadual ou distrital).

As isenções tributárias são normalmente concedidas por lei ordinária proveniente da pessoa política competente para criar o tributo. De acordo com Fernando Sains de Bujanda: "O poder de tributar e o poder de isentar são como as duas faces da moeda".

Decretos, em tese, não podem conceder isenções tributárias, embora sejam usados na prática. Contra tais decretos é cabível ação popular. O Chefe

do Executivo que baixar decretos isentivos comete crime de responsabilidade (art. 85, inc. VII, da CF).

As isenções, quando concedidas por lei ordinária, podem alcançar as taxas, os impostos e/ou contribuições de melhoria.

Medida provisória não pode conceder isenções, dado seu caráter precário e a não previsão legal, assim como não pode instituir tributos, embora, na prática, o Supremo Tribunal Federal aceite a criação de tributos por medida provisória, desde que observados os demais princípios constitucionais (anterioridade, igualdade etc.).

Lei complementar pode criar isenções para os tributos que foram instituídos por lei complementar, tais como empréstimos compulsórios, impostos residuais e contribuições do art. 195, § 4.º, da Constituição Federal.

1.1. Classificação das Isenções

As isenções classificam-se em:

- *Isenções autonômicas*: são as concedidas pela própria pessoa política tributante, titular da competência de instituir e cobrar o referido tributo; tais isenções são a regra.

- *Isenções heterônomas*: são as concedidas por pessoa política distinta daquela que tributou. Na Constituição Federal, existem apenas duas hipóteses de isenções heterônomas:

  - art. 155, § 2.º, inc. XII, "e", da CF: a União, por meio de lei complementar, pode conceder isenções de ICMS sobre exportações de mercadorias em geral. O art. 32, inc. I, da Lei

Complementar n. 87/96, cuja inconstitucionalidade está sendo questionada, isenta de ICMS todos os produtos ou mercadorias destinadas a exportação (usurpação da competência tributária dos estados, reduzindo suas fontes arrecadatórias);

- art. 156, § 3.º, inc. II, da CF: autoriza a União, por meio de lei complementar, a conceder isenções de ISS sobre exportações de serviços.

1.2. Isenções Tributárias por Tratado Internacional

O Brasil pode celebrar tratados sobre assunto tributário. Esses tratados podem estipular isenções tributárias (para evitar a chamada bi-tributação internacional).

Para o tratado internacional se transformar em Direito Interno e valer em foro doméstico, é preciso que seja ratificado pelo Congresso Nacional por meio de decreto legislativo. A rigor, a isenção não é concedida pelo tratado internacional, mas sim pelo decreto legislativo que o ratifica.

P.: Pode o tratado internacional conceder isenção de tributo não federal ?

R.: Prevalece o entendimento de que é possível, pois, na verdade, não é a União que está concedendo a isenção, mas sim o Estado brasileiro considerado como um todo. Há entendimento, minoritário, em sentido contrário, como o do Professor Roque Carrazza, com base no art. 151, inc. III, da Constituição Federal (vedação das isenções heterônomas) – o que a União não pode fazer no plano interno, não pode fazê-lo no âmbito internacional.

1.3. Isenções Tributárias e o ICMS

As isenções tributárias podem ser concedidas por decreto legislativo estadual ou distrital, no caso do Imposto de Circulação sobre Mercadorias e Serviços (ICMS). As isenções de ICMS só podem ser concedidas por meio de convênios interestaduais, firmados e ratificados por todos os estados e pelo Distrito Federal.

Esses convênios deveriam ser celebrados pelo Poder Executivo representado pelo Governador, ou um representante seu, e ratificados pelo Poder Legislativo estadual (ou distrital). Em rigor, a isenção de ICMS não é concedida pelo convênio estadual, mas sim pelo decreto legislativo que o ratifica.

A Lei Complementar n. 24/75, art. 4.º, estabelece que os convênios devem ser celebrados pelo Poder Executivo, representado pelo Secretário da Fazenda, e devem ser ratificados pelo Poder Executivo, representado pelo Governador, por meio de decreto. Esse decreto não é lei (é ato normativo infralegal); portanto, fere o princípio constitucional.

1.4. Formas de Concessão das Isenções Tributárias

São as seguintes as formas de concessão das isenções tributárias:

- *Com prazo certo (também chamadas transitórias)*: têm prazo preestabelecido de vigência;
- *Com prazo indeterminado*: não têm prazo preestabelecido de vigência.

Ambas podem ser:

- de modo condicionado (também chamadas isenções com encargo): para serem usufruídas dependem do preenchimento de um requisito essencial por parte do contribuinte. São também chamadas bilaterais ou onerosas;
- de modo incondicionado (também chamada isenções sem encargo): não dependem do preenchimento de qualquer requisito especial do contribuinte para concessão do benefício. São também chamadas unilaterais ou gratuitas.

A lei que cria isenções transitórias condicionadas gera direito subjetivo ao contribuinte. Portanto, mesmo revogada, o contribuinte continua titular do direito conferido pela lei (direito adquirido – art. 5.º, inc. XXXVI, da CF).

As leis que revogam isenções devem obedecer ao princípio da anterioridade.

Súmula n. 615 do Supremo Tribunal Federal: “O princípio constitucional da anualidade (§ 29 do art. 153 da CF) não se aplica à revogação de isenção do ICM”. Essa súmula não tem aplicação.

A lei que revoga uma isenção com prazo indeterminado deve obedecer ao princípio da anterioridade, pois ela cria novo tributo.

As isenções são normalmente concedidas sem prazo e sem encargo. Porém, também podem ser concedidas com prazo certo e de modo condicionado. Ex.: os médicos que instalarem seus consultórios na periferia do Município ficam isentos do Imposto sobre Serviços (ISS) por 10 anos.

As Constituições de 1967 e 1969 autorizavam a União, por meio de lei complementar, a conceder isenções de impostos estaduais ou municipais, desde que houvesse relevante interesse nacional nesse sentido. Essas leis complementares não foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, que só permite que a União conceda isenções de impostos estaduais e municipais em duas espécies (ICMS e ISS de produtos ou serviços destinados à exportação).

1.5. Isenção, Remissão e Anistia

A isenção não se confunde com a remissão nem com a anistia. Isenção é uma hipótese de não incidência tributária legalmente qualificada. Remissão é o perdão legal do débito tributário. Anistia é o perdão legal da multa decorrente do ilícito fiscal.

A lei isentiva impede que o tributo nasça. A lei remissiva faz desaparecer o tributo já nascido. A lei anistiante faz desaparecer o ilícito tributário.

A lei isentiva é lógica e cronologicamente anterior ao nascimento do tributo. A lei remissiva é lógica e cronologicamente posterior ao nascimento do tributo. A lei anistiante é lógica e cronologicamente posterior ao cometimento da infração tributária.

A isenção é causa excludente do crédito tributário. A remissão é causa extintiva do crédito tributário. A anistia é causa excludente da infração tributária.

O Código Tributário Nacional, no art. 175, impropriamente, considera a anistia causa excludente do crédito tributário.

DIREITO TRIBUTÁRIO

1. EXECUÇÃO FISCAL (Lei n. 6.830/80)

É o meio jurídico que a Fazenda Pública tem a seu alcance para receber, coativamente, débitos tributários vencidos e não pagos.

A relação que se estabelece entre fisco e contribuinte é de direito e não de poder. Por isso a Fazenda Pública não pode fazer justiça pelas próprias mãos. Daí valer-se do processo de execução.

Comete o crime de excesso de exação (art. 316, § 1.º, do CP), o agente fiscal que emprega na cobrança tributária meio que a lei não autoriza.

A Fazenda Pública tem duas vias para a cobrança do tributo não pago:

- Amigável (cobrança administrativa).
- Judicial (ação de execução fiscal).

O processo de execução de natureza civil encontra-se unificado no CPC. Na execução fiscal o título executivo é extrajudicial (certidão da dívida Ativa da Fazenda Pública – CPC, art. 585, inc. VI). Essa certidão deve corresponder aos créditos inscritos na forma da lei.

1.1 Função do Título da Execução Fiscal

- Materializar o crédito da Fazenda Pública.
- Materializar o dever do contribuinte de pagar a quantia líquida e certa nele inserida.

O título (certidão da dívida ativa) forma-se de acordo com os arts. 2.º, da Lei n. 6.830/80 e 201 do CTN.

Em razão do princípio da supremacia do interesse público, os atos da Administração Pública gozam de auto-executoriedade.

A certidão da dívida ativa é um ato administrativo, mas não goza do atributo da auto-executoriedade e possui como característica a executividade – porque a certidão da dívida ativa é formada unilateralmente pela Fazenda Pública.

A certidão da dívida ativa goza da presunção relativa de liquidez e certeza (art. 3.º e par. ún. da Lei n. 6.830/80).

1.2. Processo de Execução Fiscal

A petição inicial deve ser instruída com a certidão da dívida ativa da Fazenda Pública, validamente extraída de acordo com o art. 2.º da Lei n. 6.830/80.

Ao despachar a inicial, o Juiz ordena a citação do devedor, a penhora ou arresto, o registro da penhora (ou arresto) e a avaliação desses bens. Esse despacho de citação interrompe o prazo de prescrição.

O executado é citado para pagar ou nomear bens à penhora em 5 (cinco) dias. Transcorrido esse prazo *in albis*, o oficial de justiça arrestará bens, tantos quantos bastem, para saldar o débito.

Da intimação da penhora, corre o prazo de 30 (trinta) dias para oposição dos embargos (único meio de defesa válido de que se pode valer o executado). Neles, todas as matérias de defesa são argüíveis.

Se os embargos não forem opostos ou, sendo opostos, forem rejeitados, os bens penhorados serão avaliados, seguindo-se sua alienação em hasta pública, que observará sempre o rito do leilão (ainda que os bens sejam imóveis). Alienados os bens, a Fazenda Pública será paga em moeda corrente. Se o valor apurado não for suficiente para o pagamento da dívida, haverá outra penhora sem nova oportunidade de oposição de embargos à execução.

Para oposição dos embargos, é necessária a garantia do juízo. Se procedentes, somente nessa hipótese, cabe reexame necessário. A apelação é possível, tanto para procedência quanto improcedência, tendo a Fazenda prazo contado em dobro (art. 188 do CPC).

Se o valor da execução não superar 50 ORTNs, não se impõe o reexame necessário, tampouco se permite a apelação, o recurso possível é o de embargos infringentes, previsto na Lei n. 6.830/80, art. 34 – diversamente do procedimento do CPC, é endereçado ao próprio juiz sentenciante, no prazo de 10 dias.

Os embargos de declaração e o recurso extraordinário são sempre viáveis. Não se admite recurso especial da decisão proferida nos embargos infringentes (da Lei de Execução Fiscal), pois a decisão não é prolatada por tribunal (art. 105, inc. III, “a” , da CF).

DIREITO TRIBUTÁRIO

1. GARANTIAS E PRIVILÉGIOS DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

A matéria sobre as garantias e os privilégios do crédito tributário encontra-se regulada pelos arts. 183 a 192 do Código Tributário Nacional.

1.1. Garantias do Crédito Tributário

O art. 183 do Código Tributário Nacional estatui que a lei de cada tributo poderá atribuir aos créditos tributários outras garantias, além das enumeradas no próprio Código Tributário Nacional.

Respondem pelo pagamento do crédito tributário todos os bens do sujeito passivo, incluindo-se aqueles sobre os quais pesem ônus reais e aqueles sujeitos à cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade, irrelevante a data da constituição do ônus ou da cláusula, ressalvados, menciona o Código Tributário Nacional "... os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis" (art. 184).

A alienação ou oneração de bens ou rendas do sujeito passivo em débito com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução, presume-se fraudulenta. Essa presunção não se forma quando o sujeito passivo reserva, antes da alienação ou oneração, bens ou rendas suficientes ao total do pagamento da dívida em fase de execução (art. 185).

1.2. Preferências do Crédito Tributário

O Código Tributário Nacional, em seu art. 186, detalha a preferência do crédito tributário por qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo da constituição, salvo os créditos decorrentes da legislação do trabalho.

1.2.1. Cobrança judicial do crédito tributário

O crédito tributário não se sujeita a concurso de credores, nem à habilitação em falência, mas há concurso de preferências, quando mais de uma pessoa jurídica de direito público se apresentar como credora:

- União;
- Estados, Distrito Federal e Territórios Federais, em conjunto e por rateio em proporção ao montante dos créditos;
- Municípios, também em conjunto e *pro rata*.

1.2.2. Falência, concordata, inventário e arrolamento

Nos casos de falência, os créditos tributários são considerados encargos da massa falida, pagáveis preferencialmente a quaisquer outros. Essa preferência se manifesta não só quanto aos créditos tributários vencidos, mas também aos vincendos, exigíveis no curso da falência. Aplica-se a mesma regra aos processos de concordata, de inventário ou arrolamento, bem como aos processos de liquidação judicial ou voluntária, de sociedades comerciais. Posição diversa defende Aliomar Baleeiro, entendendo que os créditos

oriundos da legislação do trabalho têm preferência mesmo diante do disposto no art. 188 do Código Tributário Nacional – o Superior Tribunal de Justiça perfilha tal posicionamento.

Não será concedida concordata, nem declarada a extinção das obrigações do falido, bem como não será proferida sentença de julgamento de partilha ou adjudicação, sem que o interessado faça prova da quitação de todos os tributos devidos.

1.2.3. Concorrência pública

Nas concorrências públicas e na celebração de contratos, o proponente ou contratante deverá fazer prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada, podendo a lei estabelecer exceções a tal regra.

DIREITO TRIBUTÁRIO

1. REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS

As receitas tributárias, arrecadadas pelo ente responsável, nem sempre lhe pertencem com exclusividade. A Constituição Federal prevê, nos arts. 157 a 162, a distribuição dessas receitas. Em breve síntese, a distribuição é a seguinte:

- art. 157 – receitas que pertencem aos Estados e ao Distrito Federal;
- art. 158 – receitas que pertencem aos Municípios;
- art. 159 , incs. I e II – distribuição do Imposto de Renda (IR) e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI);
- art. 160 – vedação à retenção ou restituição dos recursos;
- parágrafo único – exceção;
- art. 161 competência da lei complementar;
- art. 162 – divulgação da arrecadação.

1.1. Participação Direta

a) Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal

- O produto da arrecadação do IR, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem (art. 157, inc. I, da CF).
- 20% do produto de arrecadação do imposto que a União instituir, no exercício de sua competência residual (art. 157, inc. II, da CF).
- 30% do IOF sobre operações com ouro, nos termos do art. 153, § 5.º, inc. I, da Constituição Federal.

b) Pertencem aos Municípios

- O produto da arrecadação do IR incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem (art. 158, inc. I, da CF).
- 50% do valor arrecadado do Imposto Territorial Rural (ITR), relativamente aos imóveis nele situados (art. 158, inc. II, da CF).
- 50% do Imposto de Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), relativamente aos veículos licenciados em seus territórios (art. 158, inc. III, da CF).
- 25% do ICMS arrecadado, creditado (valor agregado), da seguinte maneira: ¾, no mínimo, proporcionalmente ao valor adicionado nas

operações realizadas em seus territórios, até ¼, na forma em que dispuser a lei (art. 158, inc. IV, e par. ún., da CF).

- 70% do IOF sobre o ouro, nos termos do art. 153, § 5.º, inc. II, da Constituição Federal.

1.2. Participação Indireta dos Estados, Distrito Federal e Municípios

Conforme dispõe o art. 159, inc. I, da Constituição Federal, o Fundo de Participação dos Estados (FPE) recebe 21,5% sobre a arrecadação do IR e IPI, sendo que, para esse cálculo, exclui-se a parcela da participação direta (art. 159, § 1.º, da CF).

O Fundo de Participação dos Municípios (FPM) recebe 22,5% sobre a arrecadação do IR e IPI, excluindo-se a parcela da participação direta.

Os programas de financiamento do setor produtivo das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste recebem 3% do IR e do IPI, excluindo-se a parcela da participação direta. A Lei n. 7.827/89 instituiu o Fundo de Financiamento do Norte (FNO), o FNE e o FCO.

O art. 159, inc. II, da Constituição Federal estabelece que a União entregará 10% do produto da arrecadação do IPI aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados, sendo que nenhuma atividade poderá receber mais do que 20% do valor total (§ 2.º).

Desse valor, os Estados devem entregar aos municípios 25% do que receberem, observando-se os critérios estabelecidos no art. 158, par. ún., incs. I e II.

1.3. Vedação da Retenção dos Recursos

O art. 160 da Constituição Federal prevê a proibição da retenção, ou qualquer restrição à entrega ou ao emprego dos recursos atribuídos aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios, nesses recursos compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

O parágrafo único ressalva a possibilidade de a União e os Estados condicionarem a entrega dos recursos ao pagamento dos seus créditos, inclusive de suas autarquias, bem como ao cumprimento do disposto no artigo 198, § 2.º, incs. II e III (aplicação e ações e serviços de saúde).

A falta de entrega permite o pedido de intervenção, conforme art. 10 da Lei Complementar n. 63/90.

1.4. Observações Finais

As diversas questões acerca da repartição das receitas tributárias ficam sob a competência de lei complementar, nos termos do art. 161 da Constituição Federal.

O art. 162 da Constituição Federal prevê o dever dos entes públicos de divulgar valores, repasses e quantias recebidas, até o último dia do mês subseqüente ao da arrecadação.

DIREITO TRIBUTÁRIO

Impostos Federais

1. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO (II)

O Imposto de Importação (II), também chamado *tarifa aduaneira*, está disciplinado nos artigos 153, inc. I, § 1.º, da Constituição Federal, 19 e 22 do Código Tributário Nacional e no Dec.-lei n. 37, de 18.11.1966.

1.1. Competência

O Imposto de Importação é de competência da União Federal, estando diretamente ligado às relações do Brasil com outros países, razão pela qual é desejável a uniformidade do tratamento tributário, projetando-se, no cenário internacional, a personalidade jurídica e política da Federação como um todo, e não de cada Estado-membro.

1.2. Contribuinte

O contribuinte do Imposto de Importação é o importador ou quem a ele a lei equiparar (art. 22, inc. I, do CTN). É considerado importador qualquer pessoa, jurídica ou natural, regularmente estabelecida ou não, sendo suficiente a introdução da mercadoria no território nacional com intenção de que aqui permaneça de forma definitiva.

Também será considerado contribuinte do Imposto de Importação o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados, em leilão realizado pela Alfândega, que poderá lançá-lo por homologação, uma vez que o contribuinte efetue o pagamento do tributo antes da ocorrência da fiscalização, conforme exige a lei.

1.3. Função

O Imposto de Importação é instrumento relevante da política econômica, atuando na proteção à indústria brasileira, pois permite a essa competir no mercado interno em condições de igualdade ou de vantagem com produtos do exterior, aspecto que sobrepõe sua relevância como fonte de arrecadação para o Tesouro. Predomina, portanto, sua função extrafiscal.

1.4. Fato Gerador

De acordo com o art. 19 do Código Tributário Nacional, o fato gerador do Imposto de Importação é a entrada de produto estrangeiro no território nacional.

A mercadoria nacional ou nacionalizada exportada, que retorna ao País (a exemplo de peças que são exportadas e posteriormente importadas novamente ao Brasil), será considerada, para fins de incidência do imposto, como estrangeira, estando, portanto, sujeita ao Imposto de Importação, exceto quando ocorrer uma das hipóteses do art. 1.º, § 1.º, do Dec.-lei n. 37/66, alterado pelo Dec.-lei n.2.472/88, ou seja:

- enviada em consignação e não for vendida no prazo autorizado;

- devolvida por motivo de reparo técnico, para conserto ou substituição;
- devolvida por motivo de modificação na sistemática de importação por parte do País importador;
- devolvida por motivo de guerra, calamidade pública ou outros fatores alheios à vontade do exportador.

Tal fato gerador ocorre na data da entrada dos produtos estrangeiros no território nacional. Se houver alteração da alíquota no período de tempo entre a obtenção de guia de importação e o desembaraço aduaneiro ou efetivo desembarque, caberá solucionar a questão de qual a alíquota aplicável, se a maior, ou a menor. Ocorrendo a redução de alíquota, é justo que o imposto seja pago com base na alíquota menor. Ocorrendo aumento, devem ser respeitadas as situações jurídicas já constituídas.

Não basta a entrada física, já que, para a incidência do imposto de importação, os produtos devem ser destinados ao Brasil.

1.5. Base de Cálculo

Estabelece o art. 20 do Código Tributário Nacional que a base de cálculo do imposto de importação será:

- expressa na unidade de medida adotada pela lei tributária, quando se trata de alíquota específica;

- o preço normal de venda que o produto, ou seu similar, alcançaria, ao tempo de importação, em condições de livre concorrência, para entrega no lugar de entrada no País;

- o preço de arrematação, no caso de produto levado a leilão, por motivo de apreensão ou abandono.

Aplicam-se dois tipos de alíquotas: a específica e a *ad valorem.*

1.6. Considerações Especiais

O referido imposto não está sujeito ao princípio da anterioridade da lei porque nele há a predominância de sua função extrafiscal, podendo sofrer aumento durante o mesmo exercício financeiro. Além disso, o mencionado tributo também é considerado como uma exceção ao princípio da legalidade, pois a Constituição Federal/88, em seu art. 153, § 1.º, autoriza a alteração de suas alíquotas (somente), dentro dos parâmetros legais, por intermédio de um decreto do Poder Executivo.

Caberá a restituição do Imposto de Importação sempre que esse for pago em excesso, por motivo de erro de cálculo ou erro de aplicação da alíquota, ou se houver dano, extravio ou perda do produto.

2. IMPOSTO DE EXPORTAÇÃO (IE)

O Imposto de Exportação (IE) está disciplinado no artigo 153, inc. II, da Constituição Federal e nos arts. 23 a 28 do Código Tributário Nacional.

2.1. Competência

De acordo com o art. 153, inc. II, da Constituição Federal, compete à União instituir e cobrar impostos sobre "exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados".

2.2. Função

O Imposto de Exportação tem função predominantemente extrafiscal; portanto, a ele não se emprega o princípio da anterioridade (art. 150, § 1.º, da CF), e o princípio da legalidade se mostra atingido pelo artigo 153, § 1.º, da Constituição Federal. Tal fato se dá por ser o Imposto de Exportação instrumento da política econômica, fonte de recursos financeiros para o Estado.

Estabelece o art. 28 do Código Tributário Nacional que "a receita líquida do imposto destina-se à formação de reservas monetárias na forma da lei", em face de o Imposto de Exportação ter função ligada à política econômica relacionada com o comércio internacional.

2.3. Fato Gerador

O fato gerador do Imposto de Exportação é a saída, do território nacional, de produto nacional ou nacionalizado, indicado em lista aprovada pelo Poder Executivo (art. 23 do CTN e art. 1.º, § 3.º, do Dec.-lei n. 1.578/77).

Considera-se ocorrido o fato gerador no momento da expedição da guia de exportação ou de documento equivalente.

2.4. Alíquotas

Existem duas espécies de alíquotas no imposto de exportação:

- *Alíquota específica*: expressa por uma quantia determinada, em função da unidade de quantificação dos bens exportados. Assim, diz-se que o imposto corresponderá a tantos reais por cada metro, ou quilometro, ou outra unidade qualquer de medida do produto.
- *Alíquota* ad valorem: indicada em porcentagem a ser calculada sobre o valor do bem.

O Imposto de Exportação é exceção ao princípio da legalidade estrita, conforme estabelece o art. 26 do Código Tributário Nacional, autorizando o Poder Executivo, por meio de decreto e nos limites fixados em lei, a alterar as alíquotas do imposto, a fim de ajustá-lo aos objetivos da política cambial e do comércio exterior.

2.5. Base de Cálculo

Conforme estabelece o art. 24 do Código Tributário Nacional, é base de cálculo do Imposto de Exportação:

- a unidade de medida adotada pela lei, quando se trata de produto sujeito a alíquota específica;
- o preço normal que o produto alcançaria, ao tempo da exportação, quando se tratar de produto sujeito a alíquota *ad valorem.*

Ao Conselho Monetário Nacional compete a expedição de normas sobre a determinação de base de cálculo do imposto e a fixação dos critérios específicos. Compete-lhe também estabelecer pauta de valor mínimo, para os casos nos quais o preço do produto for de difícil apuração, ou suscetível de oscilações bruscas no mercado internacional.

2.6. Contribuinte

Segundo o art. 27 do Código Tributário Nacional contribuinte desse imposto é o exportador ou quem a lei a ele equiparar.

Exportador, por sua vez, é aquele que remete a mercadoria, a qualquer título, para o exterior, ou a leva consigo, não sendo necessário que seja empresário, já que a exportação, como fato gerador do imposto em causa, pode ser eventual e sem intuito de lucro. Porém, de um modo geral, exportador é um empresário que habitualmente realiza as operações de exportação profissional.

2.7. Lançamento

O lançamento do Imposto de Exportação é feito, geralmente, mediante declaração prestada pelo exportador. A autoridade da Administração Tributária poderá recusar qualquer dos elementos dessa declaração.

2.8. Considerações Especiais

A utilização do Imposto de Exportação é eventual, ficando sua incidência sob dependência de certas situações ocasionais, ligadas à conjuntura econômica.

3. IMPOSTO SOBRE A RENDA (IR) E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA

O Imposto sobre a Renda (IR) e proventos de qualquer natureza está disposto no artigo 153, inc. III, da Constituição Federal, e nos arts. 43 a 45 do Código Tributário Nacional.

A competência para criar o imposto é da União e, de acordo com o § 2.º do artigo 153 da Constituição Federal, esse tributo será exigido conforme os critérios de generalidade, universalidade e progressividade. Em outras palavras, a legislação e os atos do Executivo referentes ao tema devem cuidar

para que o tributo seja cobrado sem distinções subjetivas. Cumprindo também o princípio constitucional da igualdade, o mencionado imposto deverá, obrigatoriamente, possuir alíquotas progressivas.

3.1. Fato Gerador

O Código Tributário Nacional estatui, em seu artigo 43, que o fato gerador do Imposto de Renda vem a ser a disponibilidade econômica (recebimento efetivo de acréscimo pecuniário) ou jurídica (registro contábil de crédito de valor a favor do contribuinte) de:

I – renda – fruto do trabalho, do capital, ou da combinação de ambos;

II – proventos de qualquer natureza (acréscimo patrimoniais não abrangidos no conceito acima).

"§ 2.º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo."

Dessa forma, o Código Tributário Nacional acabou por incluir quaisquer tipos de aumento do patrimônio da pessoa física ou jurídica como fato gerador do Imposto de Renda. É justamente esse incremento que constituirá a base de cálculo do imposto.

3.2. Base de Cálculo

A base de cálculo poderá ser apurada de três formas (art. 44 do CTN) sobre o lucro:

- *Real*: para pessoas físicas, determinando-se pelo somatório de todos os rendimentos anuais (salários, aplicações financeiras, ganhos na alienação de bens etc.). Para pessoas jurídicas, o regime de apuração pode ser traduzido como o lucro contábil (receitas – descontadas as despesas do exercício), ajustado por adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação tributária (art. 6.º do Dec.-lei n. 1.598/77).

- *Arbitrado*: se não houver meios de apuração do lucro real, por ausência de escritura comercial e fiscal, ou por recusa na apresentação de livros e documentos, a autoridade fazendária poderá estipular (de acordo com critérios razoáveis, por exemplo, a média histórica do lucro da empresa) o lucro a ser tributado. Trata-se, pois, de medida que visa proteger o Fisco e evitar fraudes.

- *Presumido*: utilizada pelas firmas individuais e pessoas jurídicas cuja renda anual não ultrapasse os lindes legais. Distingue-se do lucro real por não haver a tributação sobre o efetivo acréscimo patrimonial, mas sim sobre um lucro presumido.

3.3. Recolhimentos

Apesar de ser tributo de apuração anual (podendo ser também trimestral para empresas), tanto pessoas físicas como jurídicas estão obrigadas a fazer antecipações mensais. Para pessoas físicas, aplica-se a tabela progressiva da Lei n. 9.250/95, alterada pela Lei n. 9.532/97.

Base de Cálculo (R$)	**Alíquota (%)**	**Parcela a Deduzir**
900,00	0	0
1.800,00	15	R$ 135,00
Acima de 1.800,00	27,5	R$ 360,00

Para pessoas jurídicas, a alíquota do imposto de renda é de 15%. Se a base de cálculo mensal exceder R$ 20.000,00, há a incidência de adicional de 10% sobre a diferença, nos termos da Lei n. 9.718/98. Em ambos os casos, portanto, nota-se cumprida a progressividade requerida pela Constituição Federal.

No fim do exercício fiscal, a tabela para pessoas físicas é:

Base de Cálculo (R$)	**Alíquota (%)**	**Parcela a Deduzir**
10.800,00	0	0
21.600,00	15	R$ 1.620,00
Acima de 21.600,00	27,5	R$ 360,00

Para pessoas jurídicas optantes pelo regime anual, a alíquota é de 15%, mais adicional de 10% sobre o que exceder a R$ 240.000,00.

Na Declaração de Ajuste, havendo saldo devedor (total das antecipações é inferior ao devido), deverá ocorrer recolhimento suplementar. Se, por situação inversa, o saldo for credor, a pessoa física receberá a restituição corrigida pela taxa ***Selic*** e a pessoa jurídica poderá contabilmente compensar o crédito que possui nas antecipações do exercício seguinte, também com atualização da Selic.

3.4. Lançamento

O lançamento do Imposto sobre a Renda decorre da declaração que o contribuinte fornece ao Fisco sobre o fato gerador do tributo.

Em face dessa determinação, pergunta-se: haveria lançamento por declaração (art. 147 do CTN) ou por homologação (art. 150 do CTN)?

Resposta: Essa questão é controversa na doutrina e na jurisprudência, porquanto influi no termo inicial da contagem do prazo decadencial. Pode-se afirmar, no entanto, que a corrente mais forte manifesta-se a favor do art. 150 do Código Tributário Nacional (lançamento por homologação).

DIREITO TRIBUTÁRIO

Impostos Federais

1. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS (IPI)

O Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) está previsto no artigo 153, inciso IV, da Constituição Federal, e nos artigos 46 a 51 do Código Tributário Nacional.

1.1. Competência

O Imposto sobre Produtos Industrializados é de competência exclusiva da União.

1.2. Conceito

Considera-se produto industrializado o produto que tenha sido modificado para o consumo (artigo 46, par. ún., do CTN). A industrialização consiste em transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento ou renovação.

- *Transformação*: é a operação, exercida sobre a matéria-prima ou produto intermediário, que importe obtenção de um novo produto.

- *Beneficiamento*: é a operação de modificação, aperfeiçoamento, alteração de funcionamento ou aparência do produto; exemplo: usinagem de peças.

- *Montagem*: é a operação que reúne produtos, peças ou partes que resultam em um novo produto; exemplo: automóveis.

- *Acondicionamento ou reacondicionamento*: é a operação que altera a apresentação do produto pela colocação de embalagem, ainda que em substituição da original, salvo quando essa embalagem se destine ao transporte da mercadoria; exemplo: engarrafamento de bebida.

- *Renovação ou recondicionamento*: é a operação exercida sobre o produto usado, deteriorado ou inutilizado, e que o renova ou o restaura para utilização; exemplo: retífica de motores.

1.3. Fato Gerador

O fato gerador do Imposto sobre Produtos Industrializados caracteriza-se pelo:

- Desembaraço aduaneiro do produto estrangeiro. Havendo perda do produto antes do desembaraço, o fato gerador não se caracterizará.

- Saída do produto industrializado do estabelecimento do importador, do industrial, do comerciante ou do arrematante.

- Arrematação dos produtos importados apreendidos, abandonados e levados à leilão (artigo 46, inciso III, do CTN).

1.4. Princípio da Seletividade

O Imposto sobre Produtos Industrializados deve possuir uma alíquota maior ou menor, conforme a essencialidade do produto. O produto de primeira necessidade deve ter baixa tributação e o produto menos essencial deve receber tributação mais elevada.

1.5. Princípio da Não-cumulatividade

O Imposto sobre Produtos Industrializados, pago numa operação, deve ser deduzido do Imposto sobre Produtos Industrializados, a ser pago na operação seguinte, ou na passagem da mercadoria de uma empresa para a outra.

Na contabilidade, o Imposto sobre Produtos Industrializados que foi pago anteriormente, pelos fornecedores, figura como crédito. E o Imposto sobre Produtos Industrializados que foi pago na saída do produto final figura como débito. Haverá imposto a ser recolhido no período, quando o débito for maior que os créditos.

1.6. Princípio da Anterioridade

O Imposto sobre Produtos Industrializados é uma exceção ao princípio da anterioridade (artigo 150, § 1.º, da CF), ou seja, a lei que institui ou aumenta o referido imposto pode ser exigida imediatamente após sua publicação.

1.7. Princípio da Legalidade

O Imposto sobre Produtos Industrializados também é uma exceção ao princípio da legalidade, pois é permitido à União aumentar ou reduzir sua alíquota por meio de decreto do Executivo, nos limites fixados em lei (artigo 153, § 1.º, da CF).

Cumpre ainda observar que, em razão de terem predominante função extrafiscal, também podem ter suas alíquotas alteradas por decreto os seguintes impostos da União: Imposto sobre Importação; Imposto sobre Exportação e o Imposto sobre Operações financeiras.

Em síntese, o Imposto sobre Produtos Industrializados não fere os princípios da anterioridade e da legalidade, pois esse é um imposto ordenatório da economia do País, porque dotado de extrafiscalidade.

1.8. Não-incidência na Exportação

Não incide Imposto sobre Produtos Industrializados nos produtos destinados ao exterior (artigo 153, § 3.º, inciso III, da CF). Tecnicamente, trata-se de imunidade, uma vez que tal dispensa é concedida pela própria Constituição Federal.

1.9. Base de Cálculo

A base de cálculo do Imposto sobre Produtos Industrializados pode ser: o valor do produto importado mais o imposto de importação e os encargos aduneiros e cambiais; o valor da saída do estabelecimento importador; o valor

do produto industrializado; o valor da mercadoria ou de mercadoria similar, quando tratar-se de produto nacional; o valor da arrematação em leilão.

1.10. Alíquota

A alíquota consta em uma tabela própria e pode ser estabelecida por decreto do Poder Executivo, conforme acima explicitado.

2. IMPOSTO SOBRE MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS (IOF)

2.1. Competência e função Tributárias

Nos termos da Constituição Federal, do Código Tributário Nacional, da Lei n. 5.143/66 e do Decreto-lei n. 1.783/80, o imposto é de competência da União, e seus recursos destinam-se à formação de reservas monetárias, aplicáveis em conformidade com a legislação específica.

2.2. Delegação de Competência

Atualmente, conforme disposto no artigo 3.º do Decreto-lei n. 2.471, de 1.9.1988, ratificado pelo artigo 48 do Decreto-lei n. 2.219/97, é da Secretaria da Receita Federal a competência para administrar o tributo – incluindo as atividades de arrecadação, tributação, fiscalização e de orientação às instituições responsáveis por sua cobrança e recolhimento – e para aplicar as penalidades cabíveis.

2.3. Espécies do Imposto sobre movimentações financeiras

2.3.1. Imposto sobre operações de crédito

a) ***Imposto sobre operações de crédito realizadas por instituições financeiras***

Entende-se por operação de crédito o empréstimo de recursos financeiros, assim considerado o fato econômico da cessão de dinheiro, geralmente a título oneroso, restituível a prazo certo.

São modalidades do imposto sobre operações de crédito, realizado por instituições financeiras; os empréstimos financeiros e títulos descontados.

O fato gerador é a entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou a sua colocação à disposição do interessado.

A base de cálculo é o montante da obrigação, compreendendo o crédito principal e os juros.

Os contribuintes são as pessoas físicas ou jurídicas, tomadoras de crédito.

As instituições financeiras são responsáveis pela cobrança e pelo seu recolhimento ao Tesouro Nacional.

b) ***Imposto sobre operações de crédito realizadas por empresas de "factoring"***

A atividade dessas empresas consiste, basicamente, na prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica,

gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios, resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (artigo 15, § 1.º, inciso III, da Lei n. 9.249/95).

O fato gerador é a entrega – ou colocação à disposição do alienante – do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação.

Os contribuintes são as pessoas jurídicas ou físicas que alienarem, à empresa de *factoring*, os direitos creditórios resultantes de vendas a prazo.

Responsáveis, pela cobrança e pelo recolhimento ao Tesouro Nacional, são as empresas de *factoring* adquirentes dos direitos creditórios.

2.3.2. Imposto sobre operações de câmbio

Entende-se por operação de câmbio, a troca da moeda de um País pela moeda de outro (compra, venda e arbitragens de valor).

O fato gerador é a entrega – ou colocação à disposição do interessado – de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente.

A base de cálculo é o respectivo montante em moeda nacional, recebido e entregue, ou posto à disposição.

Os contribuintes são os compradores e vendedores.

Os responsáveis pela cobrança e pelo recolhimento ao Tesouro Nacional, são as empresas autorizadas a operar em câmbio.

2.3.3. Imposto sobre operações de seguro

Entende-se por operação de seguro o contrato (apólice) entre uma empresa (seguradora) e uma pessoa física ou jurídica (segurado) pelo qual a primeira se obriga, mediante a cobrança de uma certa quantia (prêmio), a pagar à segunda uma determinada importância (indenização) para compensar perdas e danos decorrentes de eventualidades tais como acidentes, incêndios, inundações, roubos (sinistros).

O fato gerador é o recebimento do prêmio.

A base de cálculo é o montante do prêmio.

Os contribuintes são as pessoas físicas e jurídicas seguradas.

Os responsáveis, pela cobrança e recolhimento ao Tesouro Nacional, são as companhias seguradoras ou as instituições financeiras encarregadas da cobrança dos prêmios.

2.3.4. Imposto sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários

a) ***Imposto sobre operações financeiras sobre títulos, valores mobiliários e aplicações financeiras de renda fixa ou variável***

Genericamente define-se título como sendo o documento que certifica a propriedade de um bem ou que comprova o direito de seu detentor de receber determinado valor em data preestabelecida. Quando se referem a bens ou direitos móveis, são denominados valores mobiliários, ou simplesmente títulos, ou ainda, títulos de crédito.

O fato gerador é a aquisição, cessão, resgate, repactuação ou pagamento para liquidação de títulos, ou ainda, títulos de crédito.

A base de cálculo pode ser:

- na emissão, o valor nominal mais o ágio, se houver;
- na transmissão, o preço ou valor nominal, ou o valor da cotação em Bolsa, como determinar a lei;
- no pagamento ou resgate, o preço.

Os contribuintes são os adquirentes de títulos ou valores mobiliários e os titulares de aplicações financeiras.

Os responsáveis pela cobrança e pelo recolhimento ao Tesouro Nacional são as instituições financeiras e demais instituições autorizadas pelo Banco Central: Bolsa de Valores, de Mercadorias, de Futuros e assemelhados, e ainda a instituição que liquidar a operação perante o beneficiário final.

b) ***Imposto sobre operação financeira sobre operações de pagamento para a liquidação do resgate ou da cessão de títulos, valores mobiliários e aplicações financeiras de renda fixa***

Genericamente define-se título como o documento que certifica a propriedade de um bem ou que comprova o direito de seu detentor de receber determinado valor em data preestabelecida. Quando se referem a bens ou direitos móveis, são denominados valores mobiliários, ou simplesmente títulos, ou, ainda, títulos de crédito.

O fato gerador é o pagamento para a liquidação do resgate, cessão, repactuação de títulos e valores mobiliários.

Os contribuintes são as instituições financeiras e demais instituições autorizadas pelo Banco Central, que liquidarem mencionadas operações. Os responsáveis pela cobrança e seu recolhimento ao Tesouro Nacional são os próprios contribuintes.

2.3.5. Imposto sobre operações com ouro, ativo financeiro ou instrumento cambial

O ouro será considerado ativo financeiro ou instrumento cambial – desde a sua extração e em qualquer estado de pureza, bruto ou refinado – quando destinado ao mercado financeiro ou à execução da política cambial do País, em operações realizadas com a interveniência de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, na forma e condições autorizadas pelo Banco Central (artigo 1.º da Lei n. 7.766, de 11.5.1989).

O fato gerador do imposto sobre operações com ouro, ativo financeiro ou instrumento cambial é:

- *se o ouro for oriundo de município brasileiro*: a primeira aquisição do ouro, efetuada por instituição autorizada pelo Banco Central;
- *se o ouro for oriundo do exterior*: o desembaraço aduaneiro.

A base de cálculo é o preço de aquisição do ouro.

O contribuinte é a instituição financeira, autorizada pelo Banco Central, que efetuar a primeira aquisição.

Os responsáveis pelo recolhimento são os próprios contribuintes.

3. IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE TERRITORIAL RURAL (ITR)

3.1. Competência Tributária

É competente a União Federal para a instituição deste tributo.

3.2. Capacidade Tributária

Compete à Secretaria da Receita Federal (SRF) a administração do Imposto Territorial Rural (ITR), como é comumente conhecido, incluídas as atividades de arrecadação, tributação e fiscalização.

3.3. Fato Gerador

O fato gerador é a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, localizado fora da zona urbana do Município, em 1.º de janeiro de cada ano.

3.4. Base de Cálculo

Base de cálculo é o Valor da Terra Nua tributável (VTNt),

correspondente ao imóvel. Para o Cálculo do valor da terra nua tributável, utiliza-se a seguinte fórmula:

$$VTNt = VTN \times \frac{\text{Área Tributável}}{\text{Área Total}}$$

Valor da Terra Nua (VTN) é o valor do imóvel, excluídos os valores relativos a construções, instalações, benfeitorias, culturas permanentes ou temporárias, pastagens cultivadas e melhoradas e florestas plantadas. O valor da terra nua é, portanto, composto do valor do solo acrescentado do valor de matas nativas, florestas naturais e pastagens naturais.

O valor da terra nua refletirá o preço de mercado de terras, apurado em 1.º de janeiro do ano a que se referir a declaração do ImpostoTerritorial Rural.

Área tributável é igual à área total acrescida da área de interesse ambiental de preservação permanente ou de utilização limitada.

3.5. Alíquota

O valor do imposto será apurado, aplicando-se sobre o Valor da Terra Nua tributável (VTNt) à alíquota correspondente, considerados a área total do imóvel e o Grau de Utilização (GU).

O Grau de Utilização é a relação percentual entre área utilizada pela atividade rural e a área aproveitável do imóvel.

Área aproveitável é aquela área passível de exploração agrícola,

pecuária, granjeira, aqüícola e florestal; é a área total do imóvel, excluídas as de interesse ambiental de preservação permanente, de interesse ambiental de utilização limitada e as ocupadas com benfeitorias destinadas à atividade rural.

Área utilizada pela atividade rural é a porção da área aproveitável do imóvel que, no ano anterior ao da entrega da Declaração do Imposto Territorial Rural, tenha sido: plantada com produtos vegetais; servido de pastagem, nativa ou plantada; objeto de exploração extrativa, observados os índices de rendimento por produto e a legislação ambiental; objeto de exploração granjeira ou aqüícola; objeto de implantação de projeto técnico; tenha sido afetada por ocorrência de calamidade pública de que resultou frustração de safras ou destruição de pastagens; ou, ainda, tenha sido destinada à execução de atividades de pesquisa e experimentação que objetivem o avanço tecnológico da agricultura. Segue tabela:

Área total do imóvel (em hectares)	Grau de Utilização (GU em %)				
	Maior que 80	Maior que 65 até 80	Maior que 50 até 65	Maior que 30 até 50	Até 30
Até 50	0,03	0,20	0,40	0,70	1,00
Maior que 50 até 200	0,07	0,40	0,80	1,40	2,00
Maior que 200 até 500	0,10	0,60	1,30	2,30	3,30
Maior que 500 até 1.000	0,15	0,85	1,90	3,30	4,70
Maior que 1.000 até 5.000	0,30	1,60	3,40	6,00	8,60
Acima de 5.000	0,45	3,00	6,40	12,00	20,00

3.6. Lançamento

O lançamento é anual. A apuração e o pagamento do Imposto Territorial Rural serão efetuados pelo contribuinte, independentemente de prévio procedimento da administração tributária, nos prazos e nas condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal, sujeitando-se à homologação posterior.

3.7. Declaração do Imposto Territorial Rural

A Declaração do Imposto Territorial Rural é composta por dois documentos:

- Documento de Informação e Atualização Cadastral (DIAC), destinado à coleta de informações cadastrais do imóvel e de seu titular;
- Documento de Informação e Apuração do Imposto Territorial Rural (DIAT), destinado à apuração do imposto.

A data e as condições de entrega da Declaração do Imposto Territorial Rural são fixadas anualmente pela Secretaria da Receita Federal.

DIREITO TRIBUTÁRIO

Impostos Estaduais e Distritais

1. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO *CAUSA MORTIS* E DOAÇÃO, DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS

O Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos está previsto no artigo 155, inciso I, da Constituição Federal, e nos artigos 35 a 42 do Código Tributário Nacional.

Atualmente, o referido imposto encontra-se regulado pela Lei n. 10.705, de 28.12.2000.

1.1. Competência

Compete aos Estados e ao Distrito Federal (art. 155, inc. I, da CF).

1.2. Função

A função do imposto sobre heranças e doações é fiscal, ou seja, tem como finalidade gerar recursos financeiros para os Estados e para o Distrito Federal.

1.3. Incidência

O imposto incidirá sobre a transmissão de qualquer bem ou direito havido:

- por sucessão legítima ou testamentária, inclusive a sucessão provisória;
- por doação.

Ocorrerão tantos fatos geradores distintos quantos forem os herdeiros, legatários ou donatários.

Também sujeita-se ao imposto, a transmissão de:

- qualquer título ou direito representativo do patrimônio ou capital de sociedade e companhia, tais como ação, quota, quinhão, participação civil ou comercial, nacional ou estrangeira, bem como direito societário, debênture, dividendo e crédito de qualquer natureza;
- dinheiro, haver monetário em moeda nacional ou estrangeira e título que o represente, depósito bancário e crédito em conta corrente, depósito em caderneta de poupança e a prazo fixo, quotas ou participações em fundo mútuo de ações, de renda fixa, de curto prazo, e qualquer outra aplicação financeira e de risco, seja qual for o prazo e a forma de garantia;
- bem incorpóreo em geral, inclusive título e crédito que o represente, qualquer direito ou ação que tenha de ser exercido, e direitos autorais.

1.4. Base de Cálculo

A base de cálculo é o valor venal do bem ou direito transmitido, expresso em moeda corrente nacional ou em Unidades Fiscais do Estado de São Paulo(Ufesps). Considera-se valor venal o valor de mercado, do bem ou direito, na data da abertura da sucessão ou da realização do ato ou contrato de doação.

A base de cálculo é equivalente a:

- 1/3 do valor do bem, na transmissão não onerosa do domínio útil;
- 2/3 do valor do bem, na transmissão não onerosa do domínio direto;
- 1/3 do valor do bem, na instituição do usufruto, por ato não oneroso;
- 2/3 do valor do bem, na transmissão não onerosa da propriedade nua.

No caso de bem móvel ou direito, a base de cálculo é o valor corrente de mercado do bem, título, crédito ou direito, na data da transmissão ou do ato translativo.

1.5. Alíquota

O cálculo do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos será efetuado mediante a aplicação dos porcentuais sobre a correspondente parcela do valor da base de cálculo convertida em Unidades Fiscais do Estado de São Paulo, na seguinte progressão: até 12.000 (doze mil) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo, 2,5% ; acima desse limite, 4%.

O imposto devido é resultante da soma total da quantidade apurada na respectiva operação de aplicação dos porcentuais sobre cada uma das parcelas em que vier a ser decomposta a base de cálculo.

1.6. Lançamento

O lançamento é feito, em princípio, por declaração, pois o contribuinte oferece ao Fisco os elementos necessários ao respectivo cálculo, para, posteriormente à sua homologação, efetuar o pagamento do respectivo tributo.

2. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO, AINDA QUE AS OPERAÇÕES E AS PRESTAÇÕES SE INICIEM NO EXTERIOR (ICMS)

2.1. Legislação

O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (ICMS), está disciplinado:

- Na Constituição Federal, principalmente em seu artigo 155, inciso II, e §§ 2.º (com seus 12 incisos) e 3.º. Relevante o entendimento das normas constitucionais referentes ao Imposto sobre Circulação de

Mercadorias e Serviços (ICMS), porquanto todas as normas infraconstitucionais tributárias devem ser interpretadas no sentido mais congruente possível com a Constituição. Em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços , segundo Roque Antônio Carraza, o constituinte foi minucioso ao extremo, dedicando, especificamente a esse imposto, um grande número de artigos, incisos, parágrafos etc.

- Na Lei Complementar n. 87/96, que estabelece normas gerais sobre o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, a serem observadas por todos os Estados e pelo Distrito Federal.

2.2. Importância do ICMS

O ICMS representa o imposto economicamente mais importante, pois envolve maiores quantias. Nesse sentido, possui função eminentemente fiscal, isto é, seu principal objetivo é a arrecadação de recursos financeiros.

Apresenta, outrossim, função extrafiscal (quando seu objetivo é a interferência no domínio econômico, estimulando ou não certa atividade econômica), na medida em que poderá ser seletivo em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços (art. 155, § 2.º, inc. III, da CF).

2.3. Competência

- *competência privativa* dos Estados e do Distrito Federal (art. 155, inc. II, da CF);

- *competência extraordinária* da União, "na iminência ou no caso de guerra externa", mediante lei complementar (art. 154, inc. II, da CF);

- competência da União para instituir e cobrar, nos Territórios, impostos de competência privativa dos Estados (art. 147 da CF), o que inclui, é claro, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços ;

- além dessas, há a competência do Senado para estabelecer alíquotas, mediante resolução (art. 155, § 2.º, incs. IV e V, da CF).

2.4. Fatos Geradores

2.4.1. Imposto sobre Operações Mercantis (operações relativas à circulação de mercadorias) – Artigo 155, inciso II, da Constituição Federal

Algumas observações devem ser feitas a respeito do fato gerador desse imposto:

- a operação a que se refere a lei é mercantil, isto é, deve ser regida pelo Direito Comercial, tendo por finalidade o lucro e por objeto uma mercadoria;

- a circulação deve ser jurídica, ou seja, pressupõe a transferência de titularidade da mercadoria, por força de um negócio jurídico;

- entende-se por mercadoria o bem móvel, que tenha por finalidade a venda ou revenda, de modo que os bens destinados ao consumo ou ao

ativo fixo não são considerados mercadorias (exceção encontra-se no art. 155, § 2.º, inc. IX, “a”, da CF);

- a obrigação surge pela saída da mercadoria do estabelecimento comercial, tendo como sujeito passivo qualquer pessoa (física, jurídica ou, até, sem personificação de direito) envolvida em caráter de habitualidade, com a prática de operações mercantis (que, de modo geral, são o produtor, o industrial e o comerciante).

2.4.2. Imposto sobre Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal – Artigo 155, inciso II, da Constituição Federal

O fato gerador desse imposto é a prestação, a terceiro, de um serviço de transporte intermunicipal ou interestadual, com conteúdo econômico, sob regime de direito privado, como, por exemplo, o serviço de transporte de passageiros, de cargas, de valores, de mercadorias etc. Ressalte-se que o serviço de transporte, realizado totalmente dentro do território de um Município, apenas pode ser tributado por via de Imposto sobre Serviços (ISS) , de competência privativa municipal. O contribuinte é o prestador do serviço.

2.4.3. Imposto sobre Serviço de Comunicação – Artigo 155, inciso II, da Constituição Federal

Entende-se por serviço de comunicação a atividade de, em caráter negocial, alguém fornecer a terceiros condições materiais para que a comunicação ocorra, como, por exemplo, a instalação de microfones, caixas de som, telefones, radiotransmissores etc.

2.4.4. Imposto sobre Produção, Importação, Circulação, Distribuição ou Consumo de Lubrificantes e Combustíveis Líquidos e Gasosos, e de Energia Elétrica – Artigo 155, § 2.º, inciso X, "b", e § 3.º, da Constituição Federal

Destaque-se que os Estados e o Distrito Federal podem gravar com o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços uma, algumas ou todas as operações acima elencadas, desde que obedecido o princípio da não-cumulatividade.

2.4.5. Imposto sobre Extração, Circulação, Distribuição ou Consumo de Minerais – Artigo 155, § 3.º, da Constituição Federal

Mesmo destaque feito ao imposto anterior.

2.5. Princípio da Não-Cumulatividade

A não-cumulatividade do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços está prevista no artigo 155, § 2.º, incisos I e II, da Constituição Federal, de modo que em cada operação ou prestação é assegurado ao contribuinte, de modo definitivo, uma dedução (abatimento) correspondente aos montantes cobrados nas operações ou prestações anteriores.

Lembremos que o ICMS é imposto indireto. Pelo princípio da não-cumulatividade, o Constituinte beneficiou o contribuinte (de direito) desse tributo e, ao mesmo tempo, o consumidor final (contribuinte de fato), a quem

convém preços mais reduzidos ou menos gravemente onerados pela carga tributária.

2.6. Lançamento

O lançamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços realiza-se por homologação, ou seja, cada contribuinte registra suas operações, escritura seus livros de entradas e de saídas e de apuração de impostos, recolhendo o montante respectivo em cada mês, independentemente de exame de seus cálculos pela autoridade administrativa.

2.7. Imunidades

A Constituição Federal (art. 155, § 2.º, inc. X) exclui a incidência de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços em certos casos, como o de operações que destinem ao exterior produtos industrializados, sobre o ouro etc. As situações nela descritas, portanto, ficam fora do alcance da regra jurídica da tributação.

3. IMPOSTO SOBRE PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES (IPVA)

Imposto disciplinado pelo artigo 155, inciso III, da Constituição Federal.

3.1. Hipótese de Incidência

É a propriedade de veículo automotor (ciclomotor, motocicleta, automóvel, furgão, ônibus ou caminhão etc.).

3.2. Sujeito Ativo

O sujeito ativo do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) é o Estado onde o veículo estiver licenciado e registrado.

3.3. Sujeitos Passivos

Segundo a Lei n. 4.955, de 27.12.1985, do Estado de São Paulo, o proprietário do veículo, que é o contribuinte, e o titular do domínio útil e/ou o possuidor do veículo são, solidariamente, responsáveis pelo imposto, juntamente com o proprietário, sem direito a benefício de ordem.

É um imposto vinculado ao veículo, de tal sorte que, em caso de alienação, pago o imposto pelo antigo proprietário, ainda que em outra unidade da Federação, não será exigido novo pagamento do adquirente.

3.4. Base de Cálculo

A base de cálculo é o valor venal do veículo, fixado de conformidade com o seu peso, potência, capacidade máxima de tração, ano de fabricação, cilindrada, número de eixos, tipo de combustível utilizado e dimensões.

No Estado de São Paulo, os valores venais são anualmente reajustados no mês de dezembro de cada ano, através de decreto do Poder Executivo.

Do produto da arrecadação do imposto, 50% pertencem ao Município onde o veículo estiver licenciado, aí incluídos os valores correspondentes à correção monetária e aos acréscimos decorrentes do recolhimento fora dos prazos legais. Os restantes 50% constituem receita do Estado.

DIREITO TRIBUTÁRIO

Impostos Municipais

1. IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE PREDIAL E TERRITORIAL URBANA (IPTU)

1.1. Competência

O artigo 156, inciso I, da Constituição Federal, e o artigo 32 do Código Tributário Nacional estabelecem que compete aos Municípios instituir Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU).

O Distrito Federal também é competente para instituir o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, por força do artigo 147 da Constituição Federal.

1.2. Fato Gerador

O artigo 32 do Código Tributário Nacional estabelece que o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel, por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

1.3. Base de Cálculo

Estabelece o artigo 33 do Código Tributário Nacional que a base de cálculo do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana é o valor venal do imóvel, ou seja, o valor pelo qual o imóvel pode ser negociado no mercado imobiliário.

1.4. Progressividade e Alíquota

O artigo 156, § 1.º, da Constituição Federal dispõe:

"§ 1.º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4.º, II, o imposto previsto no inc. I poderá:

I – ser progressivo em razão do valor do imóvel;

II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel".

1.5. Contribuinte

É contribuinte, do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título (art. 34 do CTN).

1.6. Imunidade

O artigo 150, inciso VI, da Constituição Federal estabelece que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, instituir imposto sobre:

- patrimônio, renda ou serviços, um dos outros;
- templos de qualquer culto;
- patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações; entidades sindicais dos trabalhadores; instituições de educação e assistência social, sem fins lucrativos; sempre atendidos os requisitos da lei.

1.7. Considerações Gerais

O Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana é um imposto sobre o patrimônio, de competência do Município, e obedece ao princípio da capacidade contributiva.

Há progressividade de caráter extrafiscal para induzir o proprietário a obedecer ao plano diretor do Município, cumprindo assim a função primordial da propriedade, que, consoante a natureza jurídica que se lhe empresta pela doutrina de vanguarda, é a de direito de destinação e ordenação social.

2. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO *INTER VIVOS* DE BENS IMÓVEIS (ITBI)

2.1. Competência

O artigo 156, inciso II, da Constituição Federal estabelece quecompete aos Municípios instituir imposto sobre "transmissão *inter* vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição".

O Imposto de Transmissão *Inter Vivos* de Bens Imóveis (ITBI) está disciplinado no artigo 156, inciso II, da Constituição Federal, e nos artigos 35 a 42 do Código Tributário Nacional.

2.2. Sujeito Ativo

Sujeito ativo do Imposto de Transmissão *Inter Vivos* de Bens Imóveis é o Município.

2.3. Considerações

- *Imóveis por natureza*: solo com sua superfície, seus acessórios e adjacências naturais, englobando as árvores e os frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo (art. 43, inc. I, do CC).
- *Imóveis por acessão física*: tudo aquilo incorporado pelo homem permanentemente ao solo, de forma que não possa ser retirado sem

destruição, modificação, fratura ou dano, como a semente plantada, os edifícios e as construções (art. 43, inc. II, do CC).

Direitos reais sobre bens imóveis:

- *Enfiteuse (ou aforamento):* atribuição, pelo proprietário, do domínio útil do imóvel a terceiro, o qual pagará uma pensão ou foro, anual, certo e invariável (art. 678 do CC). Cumpre salientar que, com a instituição do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/01), e a entrada em vigor, em 2003, do Novo Código Civil, fica instituído o Direito de Superfície, com características semelhantes à enfiteuse, todavia temporário, e tem por objetivo substituí-la;
- *servidão:* restrição imposta a um prédio, cujo proprietário perde o exercício de alguns de seus direitos dominicais ou fica obrigado a tolerar a utilização do seu prédio (serviente) pelo dono do prédio dominante, para certo fim (art. 695 do CC);
- *usufruto:* direito real de fruir as utilidades e os frutos de um bem, enquanto temporariamente destacado da propriedade (art. 713 do CC);
- *habitação:* faculdade de residir num prédio alheio com a família (art. 746 do CC);
- *rendas constituídas sobre imóveis:* contrato pelo qual uma pessoa obriga-se a fazer certa prestação periódica a outra, em troca de um imóvel que lhe é entregue (arts. 749 a 754 e 1.424 a 1.431 do CC);
- *cessão de direitos:* feita por sentença judicial, por lei ou por livre acordo entre cedente e cessionário, ou seja, são os atos que levam a

pessoa que os recebe à aquisição do imóvel, equivalendo, portanto, à própria transmissão do bem.

2.4. Fato Gerador

Fatos geradores do Imposto sobre Transmissão *Inter Vivos* de Bens Imóveis são quaisquer atos ou negócios jurídicos, independentemente de registro, que transfiram o bem imóvel, a qualquer título (compra e venda, dação em pagamento, promessa de venda inteiramente quitada e transcrita no registro) ou os direitos reais sobre imóveis (enfiteuse, aforamento, servidões, usufruto, habitação e rendas expressamente constituídas sobre imóveis) e as cessões desses direitos reais.

2.5. Dação em Pagamento

Recebimento pelo credor de coisa, exceto dinheiro, substituindo a prestação que lhe era devida (art. 995 do CC).

Não incide sobre direitos reais de garantia – anticrese (devedor entrega imóvel ao credor, para que esse, em compensação da dívida, perceba os frutos e rendimentos do imóvel) e a hipoteca (devedor oferece bem imóvel em garantia ao credor, para assegurar o cumprimento de uma obrigação).

Artigo 156, § 2.º, da Constituição Federal:

§ 2.º O imposto previsto no inciso II (transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis):

"I – não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a

transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil".

2.5.1. Fusão

Fusão é a reunião de duas sociedades, individualmente distintas, que se transformam em uma só.

2.5.2. Incorporação

Incorporação é uma operação por meio da qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que por sua vez, sucede-lhes em todos os direitos e obrigações.

2.5.3. Cisão

Cisão é instituto próprio de sociedade anônima, com o objetivo de transferir parte do patrimônio de uma companhia a outra ou outras, constituídas com essa finalidade ou já existentes. A transferência total implica extinção da sociedade cindida e a parcial, na divisão do seu patrimônio.

Trata-se de imunidade específica concedida pela Carta Magna, configurando, portanto, uma limitação ao poder de tributar do Município.

2.5.4. Exceção

Se a atividade preponderante do adquirente for compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil – negócios de empresas que exploram loteamento de terrenos, incorporação de edifícios de apartamentos, compra desses para venda etc. Logo, se obtêm lucro com a atividade.

2.5.5. Ratio legis

Analisando esse dispositivo, do ponto de vista econômico, percebe-se a intenção de facilitar as incorporações e fusões, no pressuposto de que elas imprimem eficiência às empresas.

2.5.6. Atividade preponderante

É a definida no artigo 37, §§ 1.º e 2.º, do Código Tributário Nacional.

2.6. Base de Cálculo

Base de cálculo é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos (art. 38 do CTN), ou seja, valor do imóvel para compra e venda à vista, segundo as condições usuais do mercado de imóveis.

2.7. Alíquota

Observado o artigo 39 do Código Tributário Nacional, deve-se respeitar o limite fixado em resolução do Senado Federal, que distinguirá, para efeito de aplicação de alíquota mais baixa, as transmissões que atendam à política nacional de habitação.

2.8. Sujeito Passivo

Conforme estabelece o artigo 42 do Código Tributário Nacional, contribuinte do imposto é qualquer das partes na operação tributada, como dispuser a lei.

Conforme o artigo 6.º, incisos I e II, da Lei Municipal n. 11.154/91, regulamentada pelo Decreto n. 31.133/92, são os adquirentes dos bens ou direitos transmitidos e os cedentes, nas cessões de direitos decorrentes de compromissos de compra e venda.

3. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA (ISS)

3.1. Competência

Competente para instituir Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) é o Município.

3.2. Base Legal

- *Artigo 156, inciso III, da Constituição Federal:* "Compete aos Municípios instituir imposto sobre: ... III – serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar".
- *Artigos 71 a 73 do Código Tributário Nacional, revogados pelo Dec.-lei n. 406/68 com redação da Lei Complementar n. 56/87.*

3.3. Fato Gerador

Fato gerador é a prestação habitual e remunerada, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço incluído entre os listados pelo Decreto-lei n. 406/68. Os serviços dessa lista ficam sujeitos apenas ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias (ver Súmulas ns. 135, 156 e 167 do STJ).

Serviços que não constem da lista estão fora do campo de incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza. O fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não especificados na lista ficará sujeito ao Imposto Comercial sobre Mercadorias e Serviços (ICMS)(ver Súmula n. 163 do STJ).

3.4. Base de Cálculo

De acordo com o modelo fornecido pelo Decreto-lei n. 406/68, os Municípios podem organizar o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza da seguinte forma:

- *serviços em geral:* alíquota sobre o preço dos serviços (art. 9.º, *caput*);

- *profissionais:* (serviços pessoais), médicos, advogados etc.: cobrança de importância periódica, fixa ou variável, por mês ou por ano (art. 9.º, § 1.º);

- *sociedade de profissionais:* igual ao do item anterior, a ser pago pela sociedade, multiplicado pelo número de profissionais que nela trabalharem – sócios, empregados, autônomos – (art. 9.º, § 3.º);

- *substituição tributária:* há Municípios que atribuem às pessoas jurídicas, tomadoras dos serviços, o recolhimento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, se o profissional contratado não for estabelecido (art. 128 do CTN).

3.5. Contribuinte

Contribuinte do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza é o prestador do serviço. Não são contribuintes os que prestam serviços em relação de emprego, os trabalhadores avulsos, os diretores e membros de conselhos, consultivo ou fiscal, de sociedade (art. 10).

3.6. Isenção

Estão isentos do pagamento de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza a União, os Estados, o Distrito Federal, as autarquias e empresas concessionárias de serviços públicos, quando contratarem serviços de

execução, administração, empreitada e subempreitada de obras hidráulicas ou de construção civil, e os respectivos serviços de engenharia consultiva (art. 11 do Dec.-lei n. 406/68).

3.7. Local da Prestação de Serviços

Local da prestação do serviço tributado é o do estabelecimento prestador, ou, na falta desse, o do domicílio do prestador, sendo exceção a construção civil cujo local será o da prestação do serviço (art. 12).

3.8. Município Competente para Cobrar Tributos - Jurisprudência

- *ISS – Local do recolhimento*

"Tributário. ISS. Local do recolhimento. 1. Para fins de incidência de ISS, tem-se como ocorrido o fato gerador naquele local onde efetivou-se a prestação do serviço. 2. Precedentes. 3. Recurso improvido" (ac. un. da 1.ª T. do STJ – REsp n. 130.792/CE – rel. Min. José Delgado – j. em 2.10.1997 – Rectes.: Corpo de Vigilantes Particulares Ltda. – Corpus e outro; Recdo.: Município de Juazeiro do Norte – *DJU* 1, 17.11.1997, p. 59.446 – ementa oficial).

- *ISS – Administradores de consórcios – Local da prestação de serviços*

"Tributário. ISS. Consórcios. As administradoras de consórcios estão sujeitas ao ISS no Município onde organizam suas atividades principais, e não naquele em que captam a clientela. Recurso especial não conhecido" (ac. un. da 2.ª T. do STJ – REsp n. 51.797-SP rel. Min. Ari Pargendler – j. em

5.6.1997 – Recte.: Distrito Federal; Recdos.: Garavelo e Companhia Ltda. e outros – *DJU* 1, 1.9.1997, p. 40.795 – ementa oficial).

- *ISS – Fato Gerador – Local da prestação do serviço*

"ISS – Local do fato gerador – Município – Decreto n. 406/68. Embora o art. 12, 'a', considere como local da prestação do serviço o do estabelecimento prestador, pretende o legislador que referido imposto pertença ao Município em cujo território se realizar o fato gerador. Recurso provido" (ac. un. da 1.ª T. do STJ – REsp. n. 188.123-RS – rel. Min. Garcia Vieira – j. em 17.11.1998 – Recte.: Comabe Automação de Escritórios Ltda.; Recdo.: Município de Caxias do Sul – *DJU*-e 1, 8.3.1999, p. 135-136 – ementa oficial).

- *ISS – Local da Incidência*

"Tributário. ISS. Local da incidência. O local do recolhimento do ISS incidente sobre a administração de bens ou negócios, inclusive consórcios, é o território do Município onde se realiza o serviço. O serviço de administração de consórcio compreende não só a coleta dos nomes dos interessados como a realização de reuniões, cobrança de parcelas e respectivas contabilização, aquisição dos bens e sorteio dos consorciados, e, *in casu*, em todas essas etapas, praticado no Município de Lins, ao qual cabe o poder de tributar. Recurso improvido. Decisão unânime" (ac. un. da 1.ª T. do STJ – REsp n. 72.398/SP – rel. Min. Demócrito Reinaldo – j. em 6.5.1996 – Recte.: Município de Porto Alegre; Recda.: Realçar Administradora de Consórcio Ltda. – *DJU* 1, 10.6.1996, p. 20.283 – ementa oficial).

DIREITO TRIBUTÁRIO

MÓDULO II – ERRATA

No item **2. Nascimento do Tributo**, no quarto parágrafo, na indicação do artigo, onde se lê “art. 155, I, da CF/88”, leia-se **art. 150, I, da CF/88.**

DIREITO TRIBUTÁRIO

MÓDULO III

Os parágrafos quarto e quinto do item **2. CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DOS TRIBUTOS,** foram alterados, recebendo a seguinte redação:

Tributos, segundo a Constituição Federal, compreendem, além das três espécies acima enumeradas, as seguintes:

- empréstimos compulsórios (art. 148 da CF/88);
- contribuições especiais (art. 149 da CF/88);

Segundo uma corrente doutrinária os empréstimos compulsórios, as contribuições especiais são tributos que podem ser exteriorizados como taxa ou imposto, ou seja, não são outras espécies tributárias, pois espécies são somente as três do art. 145 da Constituição Federal.

DIREITO COMERCIAL

Comerciante/Empresário

1. DEFINIÇÃO

São agentes econômicos fundamentais, pois geram empregos, tributos e certos bens que são essenciais à sociedade. Por isso, a legislação comercial traz uma série de vantagens para o comerciante. Ex.: falência, concordata, livros comerciais do comerciante que fazem provas em seu favor etc.

2. TEORIAS

2.1. Teoria dos Atos de Comércio

Adotada pelo Código Comercial de 1850, leva em conta a atividade desenvolvida. Esse é o critério identificador do comerciante.

2.1.1. Atos de comércio

- *Compra, venda ou troca de bens móveis ou semoventes por atacado ou por varejo, industrializados ou não, para revenda ou para alugar o seu uso*. A compra que se faz para consumo tem que gerar lucro. Atividade bancária, de transporte de mercadoria, de seguro, entre

outras, também são consideradas atos comerciais, segundo a teoria em estudo. Bens imóveis estão excluídos (art. 191 do CCom).

- *Lei n. 6.404/76, art. 2.º, § 1.º, da Lei das Sociedades Anônimas*: toda sociedade anônima é sempre mercantil, independentemente do seu objeto, da sua atividade, até mesmo se sua atividade for compra e venda de bens imóveis.

- *Lei n. 4.068/62*: as empresas de construção são consideradas comerciais.

2.2. Teoria da Empresa

Desenvolveu-se para corrigir falhas da teoria dos atos de comércio. Surgiu na Itália. Para identificar o empresário, não se leva em conta o ato praticado; desconsidera-se a estrutura organizacional praticada, ou seja, não importa sua atividade, mas sim a relevância social.

2.2.1. Empresa

É uma atividade econômica organizada, exercida profissionalmente pelo empresário, por meio de um estabelecimento comercial.

2.2.2. Elementos da empresa

a) Atividade econômica

Corresponde à produção ou circulação de bens ou serviços que se faz por intermédio do *estabelecimento* e por ato de vontade do *empresário*.

b) Empresário

É o sujeito de direito que organiza o *estabelecimento* para o desenvolvimento da *atividade econômica*.

c) Estabelecimento

É o conjunto de bens corpóreos e incorpóreos reunidos pelo *empresário* para o desenvolvimento da sua *atividade econômica*.

Segundo o *Projeto do Código Civil* em tramitação no Congresso Nacional, empresário é todo aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

O Projeto do Código Civil exclui o profissional liberal como empresário, porém abre exceção, caso adote uma estrutura empresarial, organizando força de trabalho alheia que constitua elemento da empresa. Ex.: médico que contrata outros médicos, enfermeiras, secretária, formando assim uma estrutura empresarial. Isso só se aplica para a Teoria da Empresa.

2.3. Conceito de Comerciante/Empresário

É todo aquele que pratica algum ato de comércio, incluindo atividade de construção, ou se organiza sob a forma de sociedade anônima, ou todo aquele que a jurisprudência assim considerar, mediante a aplicação da Teoria da Empresa.

O comerciante/empresário pode ser:

- *pessoa física (individual)*: é aquele que exerce individualmente os atos de comércio;
- *pessoa jurídica*: sociedade comercial.

O critério para identificar o comerciante é fático, ou seja, é o fato de exercer a atividade comercial de alguma forma. Para que o comerciante exerça regularmente seu comércio, deverá arquivar seus atos constitutivos no órgão do registro das empresas mercantis.

A rigor, qualquer um pode ser comerciante, porém a lei impõe alguns impedimentos a determinadas pessoas.

Não podem exercer atividade comercial:

- falido não reabilitado;
- funcionário público de forma direta – nada impede, porém, que ele participe de sociedade, desde que não ocupe cargo de administração nem controle essa sociedade.

Proibição é diferente de capacidade para exercer a atividade comercial. A proibição não tem qualquer relação com a capacidade.

O menor que se estabelece com economia própria adquire sua emancipação (doutrina majoritária – idade mínima: 18 anos).

2.4. Obrigações Comuns a Todos os Comerciantes

São três:

- obrigação de arquivar atos constitutivos na Junta Comercial;
- obrigação de escriturar regularmente os livros comerciais obrigatórios;
- obrigação de levantar balanço patrimonial.

2.4.1. Obrigação de arquivar atos constitutivos na Junta Comercial

As normas de registro das empresas mercantis estão na Lei n. 8.934/94 – Lei do Registro Público das Empresas Mercantis e atividades afins.

a) Órgãos regulares

- *SINREM (Sistema Nacional dos Registros das Empresas Mercantis)*: é composto pelo DNRC (Departamento Nacional do Registro do Comércio) e pelas Juntas Comerciais. Em linhas gerais, é uma autarquia federal e tecnicamente superior ao DNRC e às Juntas Comerciais.

- *DNRC (Departamento Nacional do Registro do Comércio)*: trata-se de órgão federal, com as funções principais de:
  - supervisão e controle no plano técnico dos órgãos de registro. Funciona como segunda instância administrativa;
  - expedição de normas e diretrizes relativas ao registro;
  - solução de dúvidas e controvérsias oriundas do registro.
- *Juntas Comerciais*: órgãos de execução do registro das empresas mercantis. No plano técnico, subordinam-se ao DNRC. Administrativamente, subordinam-se aos Estados a que pertencem.

b) Regime notarial

O Regime Notarial da Lei n. 8.934/94 é muito simples e compreende três atos:

- *matrícula*: refere-se aos agentes auxiliares do comércio. Ex.: leiloeiros, tradutores públicos, administrador de armazém geral, entre outros. A matrícula é uma condição para que eles possam exercer a atividade de auxiliares do comércio;
- *arquivamento*: diz respeito ao comerciante individual ou à sociedade comercial. Compreende atos de constituição, alteração e dissolução. O contrato social é arquivado perante a Junta Comercial;
- *autenticação*: refere-se à escrituração do comerciante, aos seus livros de comércio.

O art. 35, VI, da Lei n. 8.934/94 dispõe que não serão arquivadas alterações contratuais ou estatutárias por deliberação majoritária quando houver cláusula restritiva. Para se excluir um sócio minoritário, deve-se tentar a via judicial, já que a Junta Comercial está proibida de arquivar alterações contratuais que contenham cláusula restritiva.

A Lei n. 8.934/94 revogou expressamente o art. 71, § 4.º, da Lei n. 4.215/63 – Estatuto da OAB, que dizia ser necessário visto de advogado para arquivamento na Junta Comercial.

c) Inatividade da empresa mercantil

Será considerada inativa a firma individual ou a sociedade comercial que, durante dez anos consecutivos, não arquivar nenhuma alteração contratual ou que não comunicar à Junta Comercial que se encontra em atividade. Se for considerada inativa pela Junta Comercial, terá seu registro cancelado.

É com o registro na Junta Comercial que o nome empresarial do empresário passa a gozar de proteção jurídica. Nome comercial é o nome com o qual o comerciante se apresenta.

O comerciante que não cumpre a primeira obrigação (arquivar atos constitutivos na Junta Comercial) será considerado comerciante irregular ou de fato. O arquivamento não é pressuposto para se desenvolver a atividade comercial, mas esta será considerada irregular e sofrerá sanções. Quanto à denominação *comerciante de fato* e *irregular*, temos duas posições:

1.ª posição: mais moderna, na qual as expressões se equivalem. Basta não cumprir a obrigação e será comerciante de fato ou irregular;

2.ª posição: na qual comerciante de fato é aquele que desenvolve atividade sem registro na Junta Comercial, e comerciante irregular é aquele que possui o registro, arquiva seus atos administrativos, mas não cumpre alguma outra obrigação a ele imposta.

d) Sanções impostas ao comerciante irregular

- *Art. 9.º, III, "a", da Lei de Falências*: o comerciante que não comprova sua regularidade não tem legitimidade ativa para requerer a falência de outro comerciante. Pode, contudo, *sofrer* pedido de falência.

- *Art. 140, I, da Lei de Falências*: o comerciante irregular ou de fato não pode requerer concordata.

- *Art. 379 do CPC*: "os livros comerciais, que preencham os requisitos exigidos por lei, provam também a favor do seu autor no litígio entre comerciantes". O comerciante irregular não aproveita dessa regra.

- *Art. 186, VI, da Lei de Falências*: considera-se crime falimentar a inexistência dos livros obrigatórios ou sua escrituração atrasada, lacunosa, defeituosa ou confusa.

2.4.2. Obrigação de escriturar regularmente os livros comerciais obrigatórios

a) Livros comerciais

Os livros comerciais podem ser:

- *Obrigatórios*
  - *Comuns*: a escrituração é imposta a todos os comerciantes, sendo que sua ausência implica sanção. Há somente o Livro Diário;
  - *Especiais*: a escrituração é imposta a uma determinada categoria de comerciante. Ex.: livro de registro de duplicatas é exigido somente de quem emite duplicatas;
- *Facultativos: têm por objetivo auxiliar o comerciante no desenvolvimento de suas atividades econômicas. Ex.: livro-caixa, livro-razão etc.*

Para que a escrituração mercantil seja regular, devem-se observar alguns requisitos:

- *intrínsecos*: dizem respeito ao modo como devem ser escriturados os livros comerciais. Decr.-lei n. 486/69: de acordo com a ciência da contabilidade;
- *extrínsecos*: dizem respeito à segurança que deve ser dada à escrituração mercantil. Os livros devem conter termo de abertura, termo de encerramento e devem estar autenticados pela Junta Comercial.

b) Sanções sofridas pelo comerciante que escritura irregularmente seus livros comerciais obrigatórios

- Não pode propor ação de verificação de contas para requerer a falência de outro comerciante com base em seus livros comerciais.
- Os livros comerciais não fazem prova nos termos do art. 379 do CPC.
- Não pode ter acesso à concordata (art. 140, I, da LF).
- Se for declarado falido, incorre em crime falimentar (art. 186, VI, da LF).

2.4.3. Obrigação de levantar balanço patrimonial (art. 10 do Código Comercial)

Em regra, a periodicidade para a elaboração das demonstrações contábeis é anual. Temos duas exceções: as sociedades anônimas que estabeleçam em seu estatuto a distribuição de dividendos semestrais (art. 204 da LSA) e as instituições financeiras (art. 3.º da Lei n. 4.595/64). O período para elaboração do balanço e demais demonstrativos em ambos os casos é semestral.

As conseqüências decorrentes do descumprimento são:

- sanção penal, em face do art. 186, VII, da LF (decorrência do art. 186, VI, da LF);
- dificuldade de acesso ao crédito bancário ou a outros serviços prestados pelos bancos;

- não poderá participar de licitação promovida pelo Poder Público (art. 31, I, da Lei n. 8.666/93);
- não poderá impetrar concordata preventiva (art. 159, § 1.º, IV, da LF).

DIREITO COMERCIAL

1. ESTABELECIMENTO COMERCIAL OU FUNDO DE COMÉRCIO

1.1. Conceito

É conjunto de bens corpóreos e incorpóreos reunidos pelo empresário para o desenvolvimento de sua atividade econômica, ou seja, são todos os bens que o comerciante possui para desenvolver a sua atividade econômica.

Segundo a doutrina, o fundo de comércio apresenta natureza de universalidade de fato. Essa universalidade pode apresentar valor econômico superior a de seus bens separados. Reunidos, organizados, os bens possuem valor maior.

O fundo de comércio compõe o patrimônio do comerciante e não necessariamente corresponde à totalidade desse patrimônio, pois o comerciante pode possuir bens que não são utilizados em sua atividade econômica, p. ex.: casa de praia.

1.2. Alienação do Fundo de Comércio

A alienação do fundo de comércio se faz por meio do trespasse, que é o contrato que permite a transferência do fundo de comércio de um comerciante para outro.

Para que o comerciante possa alienar o seu fundo de comércio, deverá obter uma prévia anuência dos credores existentes à época (situação necessária

apenas se o comerciante estiver insolvente). Essa anuência poderá ser expressa ou tácita.

A tácita ocorre quando os credores, após notificados, deixarem de se manifestar em contrário nos 30 (trinta) dias seguidos.

Caso não haja a anuência dos credores, e mesmo assim seja alienado o fundo de comércio, poderá ser declarada a falência do alienante. Declarada a falência nessas circunstâncias, o ato da alienação será considerado ineficaz em relação à massa falida do alienante. Caberá ao síndico arrecadar o fundo de comércio.

Quanto à transferência do passivo, temos que este não se transfere do alienante para o adquirente do fundo de comércio, pois o fundo de comércio não é sujeito de direito porque compõe o patrimônio do comerciante, este sim é sujeito de direito.

A esta regra cabem exceções:

- *Exceção contratual*: nada impede que o contrato de trespasse contenha cláusula prevendo a transferência do passivo.
- *Exceções legais*:
  – *créditos trabalhistas*: art. 448 da CLT;
  – *créditos fiscais*: art. 133 do CTN, em que a responsabilidade será subsidiária se o alienante continua a exercer atividade econômica, e será a responsabilidade integral se o alienante não mais exercer a atividade econômica.

1.3. Bens Corpóreos

Os bens corpóreos não interessam ao Direito Comercial porque a sua proteção jurídica cabe ao Direito Civil e ao Direito Penal.

1.4. Bens Incorpóreos

Elementos incorpóreos que compõem o fundo de comércio são:

- ponto comercial;
- nome comercial;
- propriedade industrial;
- aviamento.

1.4.1. Ponto comercial

É o local onde o comerciante desenvolve a sua atividade econômica.

A lei que protege o ponto comercial é a Lei n. 8.245, de 18.10.1991 (Lei de Locações). As locações prediais urbanas podem ser residenciais ou não residenciais. Interessam-nos as locações não residenciais em que o locatário é autorizado a explorar, no prédio locado, uma atividade econômica (ou mesmo as atividades filantrópicas, associativas). Se o locatário, na locação não residencial, é titular de direito de inerência ao ponto e pode pleitear judicialmente a renovação compulsória do contrato de locação, esse contrato é de locação empresarial.

a) Requisitos para que a locação seja considerada empresarial (art. 51 da Lei de Locação)

- Contrato escrito, com prazo determinado (requisito formal).
- Mínimo de 5 anos de relação locatícia (requisito temporal).
- Exploração da mesma atividade econômica por, pelo menos, 3 anos (requisito material).

b) Ação renovatória

É a ação judicial própria que protege o direito de inerência ao ponto.

O prazo de decadência é entre 1 ano e 6 meses antes do término do prazo do contrato a renovar. Se o locatário não conseguir acordo com o locador dentro do prazo acima, deverá ingressar com ação renovatória para assegurar o seu direito ao ponto. Como se trata de prazo decadencial, não se suspende nem se interrompe.

c) Requisitos para a propositura da ação renovatória

- O contrato a renovar deve ter sido celebrado por escrito com prazo determinado de no mínimo 5 anos, ou seja, ser uma locação considerada empresarial. Admite-se a soma dos prazos dos contratos anteriormente assinados e ininterruptamente renovados por acordo amigável. Essa soma de prazos admitida pela lei recebe a denominação de *aceptio temporis*. Pode ser utilizada pelo sucessor ou cessionário do locatário (Súmula n. 482 do STF).

- O locatário deverá exercer atividade econômica do mesmo ramo pelo prazo mínimo e ininterrupto de 3 anos.

d) Hipóteses em que o locador poderá retomar o imóvel

- Insuficiência da proposta do locatário.
- Proposta de terceiro em melhores condições. Nesta hipótese, nada impede que o locatário cubra a oferta do terceiro. A proposta do terceiro deverá ser apresentada por escrito, indicando o ramo da atividade econômica que pretende desenvolver no imóvel, não podendo ser o mesmo ramo desenvolvido pelo locatário. Havendo a retomada, sob esse fundamento, caberá ao locatário o direito a uma indenização pela perda do ponto.
- Realização de obras no imóvel pelo locador, por determinação do Poder Público ou por iniciativa própria, para valorização do seu patrimônio. *Caso a retomada tenha por base estes fundamentos (obras próprias ou determinadas pelo Poder Público),* e as obras não se iniciem no prazo de 3 meses, a contar da data da desocupação do imóvel, caberá ao locatário uma indenização pela perda do ponto.
- Para uso próprio do locador ou transferência de fundo de comércio de sua titularidade ou de titularidade de ascendente, descendente ou cônjuge, ou de sociedade por estes controladas. Esse fundo de comércio deve existir há pelo menos 1 ano. O fundo de comércio não poderá dedicar-se à mesma atividade econômica que era exercida pelo locatário antigo.

e) Locação em shopping center

A relação que se estabelece entre o locador de um shopping center e o lojista é uma típica relação locatícia, porém apresenta algumas particularidades.

e.1) Características peculiares do contrato de locação em shopping center

- Valor locatício pode ser composto por uma fonte fixa e uma parte variável (porcentagem sobre o faturamento do locatário).
- Obrigatoriedade do locatário de filiação à associação de lojistas, pagando para tanto uma contribuição.
- Obrigatoriedade do pagamento da *res sperata*, que consiste em uma prestação retributiva das vantagens de se estabelecer num complexo comercial que possui clientela constituída.

e.2) Quanto à ação renovatória e o direito de retomada, são duas as particularidades

- Não cabe a retomada com fundamento no art. 52, II, da Lei de Locação, nos termos do art. 52, § 2.º, da referida lei.
- O locador pode retomar o imóvel sob o fundamento de melhor organização de seu empreendimento.

1.4.2. Nome comercial

a) Conceito

Nome comercial é aquele com base no qual o comerciante desenvolve as suas atividades, adquirindo direitos e assumindo obrigações. Esse instituto é disciplinado pela Lei de Registro de Empresas, Lei n. 8.934/94.

b) Espécies de nome comercial

- *Firma ou Razão Social*: é constituída com base no nome civil do comerciante individual ou dos sócios de determinadas sociedades comerciais.
- *Denominação*: é composta com base no nome civil dos sócios de determinadas sociedades ou com base em uma expressão lingüística distinta, que é o elemento fantasia.

A proteção jurídica ao nome empresarial resulta do registro na Junta Comercial. Logo existe a proteção nos limites de cada Estado, pois a Junta Comercial é um órgão estadual. Nada impede, porém, que o comerciante requeira o registro em âmbito nacional.

1.4.3. Propriedade industrial

A vigente Lei de Propriedade Industrial (LPI – Lei n. 9.279/96) aplica-se às invenções, ao módulo de utilidade, aos desenhos industriais e às marcas.

a) Invenção e modelo de utilidade

a.1) Invenção

É todo produto original da inteligência humana e que tem alguma aplicação na indústria (deve ter aplicação industrial). Deve também ser nova.

a.2) Modelo de utilidade

É toda alteração introduzida na forma de objetos já conhecidos, de forma a melhorar a sua utilidade. Não há uma novidade absoluta, mas sim uma novidade parcial, que é agregada a um objeto já conhecido. Ex.: inventa-se um mecanismo que engarrafa mais líquido.

Para que a invenção e o modelo de utilidade possam ter proteção jurídica, deverá o seu autor/criador requerer a concessão de uma patente perante o INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial).

A *patente* conferirá o direito de exploração exclusiva do invento ou modelo de utilidade ao inventor. Ela é o único instrumento de prova admissível pelo Direito para a demonstração da concessão do direito de exploração exclusiva da invenção ou do modelo de utilidade.

b) Requisitos

Para que o INPI possa emitir a patente, deverão ser preenchidos determinados requisitos:

b.1) Novidade

A criação deve ser desconhecida pela comunidade científica, técnica ou industrial. A lei diz que para atender ao requisito da novidade, a invenção ou o modelo não poderão estar compreendidos pelo estado da técnica (tudo aquilo que é considerado de domínio público anterior à data do depósito do pedido da patente). Não basta que seja original (caráter subjetivo).

b.2) Aplicação industrial

Deve ter alguma aplicação na indústria. Se apresentar criação puramente artística, o invento ou o modelo serão protegidos pelo direito autoral, e não poderão ser patenteados.

b. 3) Novidade inventiva

A invenção ou o modelo são dotados de atividade inventiva sempre que para um técnico no assunto não decorram obviamente do estado da técnica. Devem despertar nos técnicos um sentido de real progresso.

b. 4) Não impedimento

Há impedimento legal para a patenteabilidade quando a invenção ou o modelo afrontar a moral, os bons costumes, a segurança, a ordem e saúde pública ou quando houver substâncias resultantes de transformação do núcleo atômico ou se constituir de seres vivos (exceto os transgênicos, que podem ser patenteados).

c) Vigência da patente

- *Modelo de utilidade*: 15 (quinze) anos.
- *Invenção*: 20 (vinte) anos.

Estes prazos contam-se a partir do depósito de pedido de patente (protocolo no INPI). Não há prorrogação em nenhuma hipótese. O prazo de duração do direito industrial não poderá ser inferior a 10 anos para as invenções e a 7 anos para os modelos, contados da expedição da patente.

Após esse prazo, as invenções passam ao domínio público e passam ao domínio da técnica (não há mais o direito de exploração exclusivo).

A patente confere o direito de exploração exclusiva, mas este direito pode ser transferido por meio do contrato de licença.

Em duas hipóteses a licença é compulsória:

- se o titular da patente estiver exercendo os direitos dela decorrentes de forma abusiva ou praticando uma infração contra a ordem econômica. Sempre que a patente estiver sendo utilizada com essas intenções/objetivos, há infração contra a ordem econômica, o que causará como sanção a obrigatoriedade de contrato de licença;
- se o titular da patente não estiver explorando as obrigações dela decorrentes ou se a exploração não atender às necessidades do mercado. Concedida a primeira licença compulsória, o licenciado tem 2 anos para iniciar a exploração econômica da invenção ou modelo, sob pena de caducidade da patente, ou seja, o inventor perde o direito e o modelo ou a invenção caem no domínio público.

d) Extinção da patente

Ocorre:

- pela expiração do prazo de vigência;
- pela renúncia do seu titular aos direitos industriais (desde que não cause prejuízo a terceiros);
- pela caducidade;
- pela falta de pagamento da taxa devida ao INPI (denominada "retribuição anual");
- pela falta de representante legal com poderes para receber citação no Brasil, quando o titular é domiciliado no exterior.

Extingue-se também a patente concedida a favor de pessoa estrangeira se esta deixar de nomear no Brasil representante legal com poderes para receber citação inicial. A maioria dos textos legais prevê a obrigatoriedade de representante legal brasileiro para receber a citação em nome do estrangeiro. Isso para proteger os brasileiros que contratam com o estrangeiro.

e) Surgimento de invenção no curso de um contrato de trabalho

Quando a invenção surge no curso de um contrato de trabalho, poderão ocorrer três hipóteses:

- a patente pertencerá ao empregador se a criação decorrer de um contrato de trabalho cujo objeto seja a própria atividade inventiva. Ex.: uma sociedade contrata um cientista para desenvolver um

trabalho. Ao empregado cabe o pagamento do salário. Ao empregador, o direito da patente;

- a patente cabe ao empregado se a criação for desenvolvida de forma desvinculada do contrato de trabalho e sem a utilização dos meios de produção do empregador;
- a patente cabe ao empregador e ao empregado se a criação for desenvolvida com a contribuição pessoal do empregado e também se utilizando dos meios de produção do empregador.

Embora caiba aos dois a preferência quanto à exploração do seu objeto, a patente cabe ao empregador (pois esse tem mais condições materiais de desenvolvê-la).

Se o empregador não explorar ou desenvolver a patente, perderá essa preferência e ela caberá ao empregado.

f) Invenções não patenteáveis

O art. 10 da Lei n. 9.276/96 relaciona as criações intelectuais que não são consideradas invenções ou modelos de utilidade, não podendo ser protegidas por patente. Ex.: teses acadêmicas, obras literárias, projetos arquitetônicos – gozam de proteção como direito autoral, mas não como patente.

Não se podem patentear seres vivos naturais e materiais biológicos. Exceção: microorganismos que atendam aos requisitos de patenteabilidade (novidade, aplicação industrial e atividade inventiva) podem ser patenteados. Ex.: criação de um microorganismo.

g) Desenhos industriais

g1.) Conceito

São *registráveis* no INPI. O registro industrial tem caráter de ato administrativo constitutivo, ou seja, o direito de utilização exclusiva do desenho ou da marca não nasce da anterioridade em sua utilização, mas sim da anterioridade do registro.

Desenho industrial diz respeito à forma dos objetos. Marca é o signo que identifica produtos e serviços.

Desenho industrial (*design*): são formas novas de um produto industrial ou conjunto de linhas e cores que têm por objeto aprimorar a sua ornamentação, proporcionando a possibilidade de um visual novo. Não visa melhorar a utilidade, visa aprimorar sua ornamentação.

Ex.: novo formato de uma garrafa.

É passível de proteção jurídica perante o INPI.

g.2) Requisitos

O desenho industrial deve atender aos requisitos:

- *novidade*: não poderá estar compreendido pelo estado da técnica. O resultado visual deve ser inédito. É uma questão de técnica;
- *originalidade*: configuração própria, não encontrada em outros objetos ou combinação com originalidade de elementos já conhecidos. É uma questão estética;

- *desimpedimento legal*;
- *aplicação industrial*: deve ter uma utilidade.

g.3) Vigência

O prazo de vigência do registro de desenho industrial é de 10 anos, prorrogáveis por 3 vezes, por períodos de 5 anos cada. O prazo máximo é de 25 anos.

Decorridos 25 anos, passa a ser compreendido pelo estado da técnica, caindo em domínio público.

h) Marca

h.1) Conceito

Corresponde a todo sinal ou expressão que designa um produto ou determina prestação de serviços e que estabelece entre consumidor e fornecedor uma identificação.

h.2) Espécies

Há duas espécies de marcas:

- marca de produto (para a identificação do produto);
- marca de serviço.

A lei nova criou duas espécies de marcas:

- *marca de certificação*: atesta a conformidade de produtos ou serviços em relação a determinadas normas de qualidade fixada por organismo oficial ou particular. Ex.: submeter o produto a uma análise para garantir a qualidade e para vender mais;

- *marca coletiva*: utilizada para a identificação de produtos ou serviços oriundos de membros de uma determinada entidade ou associação. Ex.: a associação dos produtos de leite pode ter uma marca.

A proteção em favor da marca só ocorre com um registro perante o INPI.

h.3) Requisitos

Para a marca ser registrada, devem ser atendidos três requisitos:

- *Novidade relativa:*

A expressão ou símbolo que se quer utilizar não precisa ser absolutamente nova, mas nova deve ser a utilização que se dá a esses elementos. Assim, defere o registro da marca a determinado campo de atividade econômica. (ex.: aquele que fabrica panelas pode utilizar a mesma marca que uma fábrica de tecidos);

- *Veracidade:*

O empresário só terá o registro de uma marca com relação a uma atividade efetivamente explorada por ele. Se a atividade não for explorada, o direito caduca. A rigor a marca só tem proteção em seu campo de atividade.

Exceção: marca de alto renome – é protegida em todos os ramos de atividade econômica. Ex.: *Coca-Cola* é uma marca que não poderá ser utilizada para outra atividade econômica.

Deve-se resguardar o direito daquele que investe na propaganda.

A marca notoriamente conhecida possui proteção no Brasil dentro de um determinado ramo de atividade econômica, independentemente de registro, desde que assim registrada em outro país signatário da Convenção de Paris.

O registro de determinada marca na categoria de alto renome é ato discricionário do INPI, insuscetível de revisão pelo Poder Judiciário, senão quanto aos seus aspectos formais:

- *Não impedimento*

O art. 124 da Lei n. 9.279/96 enumera as expressões e símbolos que não podem ser registrados como marcas (ex.: Brasão das Forças Armadas, sinais de programas, número isolado).

O prazo de vigência do registro de uma marca é de 10 anos, prorrogável por igual período, infinitamente (não passa a ser compreendida pelo estado da técnica). Caso a sua utilização não se inicie no prazo de 5 anos ou se houver suspensão de tal utilização por período de 5 anos, ocorrerá a caducidade.

Caduca uma patente se, decorridos 2 anos a contar da licença compulsória (devido à utilização abusiva), esse prazo se mostrar insuficiente para o abuso ou o desuso.

A Lei n. 9.279/96 traz proteção a dois outros bens incorpóreos: sinais ou expressões de propaganda e títulos de estabelecimentos.

A proteção jurídica não se dá por registro ou patente, mas sim por meio da tipificação de sua utilização indevida como crime (art. 191 da Lei n. 9.279/96). Segundo a doutrina, a proteção deveria ser por meio de registro.

Sinais ou expressões: são legendas, anúncios, gravuras etc. que objetivam atrair a atenção do consumidor para determinados produtos ou serviços (visam recomendar determinados produtos ou serviços). Ex.: *slogans*.

Título de estabelecimento: são expressões ou designação do estabelecimento comercial. Ex.: Casas Pernambucanas (local em que se exerce atividade econômica).

Nome empresarial: nome sob o qual se desenvolve a atividade, assumindo obrigações e direitos. Ex.: Silva e Pereira.

Marca: identifica o produto ou serviço. Ex.: Marca X.

As expressões que compõem o nome empresarial podem ser as mesmas da marca e do estabelecimento.

O Brasil é unionista, signatário de Convenção Internacional sobre a propriedade industrial. Assim, não é admissível a criação de distinção entre nacionais e estrangeiros em matéria de Direito Industrial. O Brasil reconhece o princípio da prioridade, pelo qual é possível a qualquer cidadão de país signatário da União reivindicar prioridade de privilégio ou o registro industrial

no Brasil, à vista de igual concessão obtida anteriormente em seu país de origem, desde que no prazo.

DIREITO COMERCIAL

Sociedades Comerciais

1. CONCEITO

A sociedade comercial é uma pessoa jurídica de direito privado que tem por objeto o desenvolvimento de uma atividade comercial ou que se organiza sob a forma de sociedade por ações. Esse conceito leva em conta a idéia da teoria dos atos de comércio.

Não desenvolvendo atividade comercial, a sociedade comercial não será considerada como tal, mas sim como sociedade civil. Se a sociedade se organizar na forma de sociedade de ação, ela será sempre mercantil.

A sociedade empresária é aquela que desenvolve uma atividade, seja ela qual for, com o fim de prestação de serviços. Deve-se, no entanto, distinguir sociedade comercial de sociedade civil para os fins da Lei de Falências.

Sendo pessoa jurídica, incide sobre a sociedade comercial a regra do art. 20 do CC, ou seja, a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas dos sócios que a compõem. Significa, então, que a sociedade comercial possui personalidade jurídica, surgindo três efeitos distintos:

- *sociedade comercial tem titularidade negocial*: é a sociedade, em nome próprio, que desenvolve a atividade econômica, assumindo obrigações e adquirindo direitos, e não os sócios que a compõem;

- *sociedade comercial tem titularidade processual*: é a sociedade que tem legitimidade para estar em juízo em relação aos assuntos de seu interesse, e não os sócios que a compõem;
- *sociedade comercial tem responsabilidade patrimonial*: a sociedade responde com seu patrimônio próprio pelas obrigações que assumir, patrimônio este que é inconfundível e incomunicável com os patrimônios dos sócios que a compõem.

2. INÍCIO DA PERSONALIZAÇÃO

A sociedade comercial adquire personalidade jurídica com o arquivamento de seus atos constitutivos na Junta Comercial, ou seja, a sociedade regular tem personalidade jurídica e a sociedade irregular não tem personalidade jurídica.

Muito embora uma sociedade irregular não tenha personalidade jurídica, ela terá titularidade processual, ou seja, poderá figurar no pólo ativo ou no pólo passivo de ações judiciais. Não poderá, no entanto, figurar no pólo ativo de um pedido de falência, nem poderá pedir concordata, por expressa proibição da Lei de Falências.

Existe uma posição doutrinária que entende que a sociedade comercial adquire personalidade jurídica antes de regularizar seus atos na Junta Comercial. Essa posição, no entanto, é minoritária, visto que seria difícil a separação patrimonial entre a sociedade e os sócios se não houvesse registro na Junta Comercial.

3. EXTINÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A sociedade comercial deixa de ter personalidade jurídica quando atravessa um processo que compreende os seguintes atos:

- *dissolução*: é o ato formal que desconstitui a sociedade. Poderá ser judicial ou extrajudicial, a depender da natureza do ato dissolutório;
- *liquidação*: compreende a realização do ativo e o pagamento do passivo, ou seja, durante a fase de liquidação os bens da sociedade são alienados e, com o produto dessa alienação, os credores serão pagos;
- *partilha*: corresponde ao momento em que os sócios participam do acervo social, ou seja, vendidos todos os bens e pagos todos os credores, os bens que restarem serão partilhados entre os sócios.

Durante esse processo, a sociedade comercial ainda terá personalidade jurídica, tendo em vista possuir negócios pendentes a serem terminados. No processo de liquidação, a sociedade comercial deverá agregar ao seu nome comercial a expressão “em liquidação” e, além disso, deverá ser nomeado um liquidante, que será responsável pela liquidação.

A sociedade comercial em liquidação deverá cumprir todos os negócios pendentes. Não poderá, entretanto, fazer novos contratos, visto que, se o fizesse, estaria em plena atividade comercial.

COMPLEXO JURÍDICO DAMÁSIO DE JESUS
A excelência no ensino do Direito

CURSO DO PROF. DAMÁSIO A DISTÂNCIA

MÓDULO IV

DIREITO COMERCIAL

Classificação das Sociedades Comerciais

DIREITO COMERCIAL

Classificação das Sociedades Comerciais

1. INTRODUÇÃO

Em nosso ordenamento jurídico, não são todas as sociedades reguladas pelo Código Comercial, que só contempla sociedades contratuais de pessoas. A sociedade por quotas de responsabilidade limitada é disciplinada pelo Dec. n. 3.708/19 e as sociedades por ações são regidas pela Lei n. 6.404/76.

2. CLASSIFICAÇÃO

As sociedades comerciais são classificadas segundo vários critérios.

2.1. Quanto à Tipologia

- Sociedade em nome coletivo (N/C).
- Sociedade em comandita simples (C/S).
- Sociedade de capital e indústria (C/I).
- Sociedade em conta de participação (C/P).
- Sociedade por quotas de responsabilidade limitada (LTDA).

- Sociedade anônima (S/A).
- Sociedade em comandita por ações (C/A).

2.2. Quanto à Lei Disciplinadora

a) Previstas no CCom

- Sociedade em nome coletivo.
- Sociedade em comandita simples.
- Sociedade de capital e indústria.
- Sociedade em conta de participação.

b) Previstas no Dec. n. 3.708/19

- Sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

c) Prevista na Lei n. 6.404/76 (LSA)

- Sociedade anônima.
- Sociedade em comandita por ações.

O CCom não permite que o incapaz participe como sócio das sociedades previstas em seu texto legal. Já com relação à sociedade por quotas de

responsabilidade limitada, à sociedade anônima e à sociedade em comandita por ações não há essa proibição.

2.3. Quanto à Forma de Constituição

2.3.1. Regulares

São as sociedades que apresentam contrato escrito e registrado na Junta Comercial.

2.3.2. Não-regulares

São as que não possuem contrato escrito e nem registrado na Junta Comercial. A doutrina classifica as sociedades não-regulares em três espécies:

- *irregulares*: possuem contrato escrito, mas não são registradas na Junta Comercial;
- *de fato*: possuem apenas contrato formal;
- *tácitas*: não resultam de contrato escrito ou ajuste verbal. O CCom presume existir a sociedade que apresenta certos requisitos (art. 305 do CCom). A existência de contrato social é presumida pela lei.

Essa classificação é apenas didática, posto que as três formas são tratadas igualmente.

As sociedades irregular, de fato e tácita sofrem determinadas conseqüências:

- as mesmas sanções do comerciante irregular (4 sanções);
- todos os sócios responderão ilimitadamente, ainda que o contrato social disponha o contrário (art. 301 do CCom).

P.: As sociedades irregular, de fato ou tácita possuem personalidade jurídica?

R.: De acordo com os arts. 16, 18 e 20, § 1.º, do CCom, as sociedades não possuem personalidade jurídica enquanto não forem registradas. O art. 8.º, III, da Lei de Falência, entretanto, confere personalidade jurídica às sociedades irregular, de fato ou tácita.

2.4. Quanto ao Regime de Constituição e Dissolução da Sociedade

2.4.1. Contratuais

São constituídas a partir de um contrato social, podendo ser dissolvidas nas hipóteses previstas em lei. Os arts. 335 e 336 do CCom enumeram as hipóteses de dissolução total, que devem existir sempre que não for possível a dissolução parcial, solução priorizada em razão do princípio de preservação da empresa. Se ocorrer substituição dos sócios, será necessária a alteração do contrato.

Nas sociedades contratuais, os sócios possuem maior liberdade porque podem mudar o contrato social, diferentemente das sociedades institucionais, nas quais o sócio se agrega, não podendo, em regra, alterar o estatuto.

São sociedades contratuais:

- sociedade em nome coletivo;

- sociedade em comandita simples;
- sociedade de capital e industrial;
- sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

2.4.2. Institucionais

São constituídas a partir de um estatuto social, podendo ser dissolvidas por deliberação majoritária dos sócios. A substituição dos sócios é feita por agregação, não sendo necessário que participem do ato de constituição.

São sociedades institucionais:

- sociedade anônima;
- sociedade em comandita por ações.

A sociedade em conta de participação não se enquadra nessa classificação, pois não possui personalidade jurídica. É constituída por duas categorias de sócios:

- *sócio ostensivo*: aquele que mantém relação jurídica direta com terceiros, em nome próprio, assumindo obrigações e adquirindo direitos. Deve obrigatoriamente ser comerciante;
- s*ócio oculto*: apenas mantém relação jurídica com o sócio ostensivo. Geralmente ocorre a figura da sociedade em conta de participação na área da construção civil. A construtora (sociedade comercial) procura o dono de um terreno (sócio oculto) para lhe propor a construção de prédio em um determinado local.

A lei exige uma condição: na sociedade em conta de participação, o sócio ostensivo deve manter uma escrituração separada dos negócios da sociedade. É constituída por qualquer forma (escrita, verbal), apenas não podendo arquivar o ato constitutivo na Junta Comercial, pois se o fizesse, teria personalidade jurídica.

Nas sociedades institucionais, o capital social é dividido em ações, e o titular de cada ação denomina-se acionista.

2.5. Quanto às Condições para a Alienação da Participação Societária

2.5.1. Pessoas

As características pessoais dos sócios têm relevância para a constituição e desenvolvimento da sociedade. As sociedades de pessoas são as constituídas em função da qualidade pessoal dos sócios. Nelas não se admite a alienação da participação societária por um sócio sem anuência dos demais.

São sociedades de pessoas:

- sociedade em nome coletivo;
- sociedade de capital e indústria;
- sociedade em comandita simples.

2.5.2. Capital

Nas sociedades de capital, a relevância é dada na contribuição material dos sócios em favor da sociedade. A participação societária é livremente transferível a terceiros. Esse tipo de sociedade se forma visando, principalmente, o capital social; a pessoa dos sócios é irrelevante.

São sociedades de capital:

- sociedade em comandita por ações;
- sociedade anônima.

A sociedade por quotas de responsabilidade limitada, normalmente uma sociedade contratual de pessoas, poderá, conforme o conteúdo de seu ato constitutivo, reger-se como sociedade de capital ou de pessoas. Por isso, parte da doutrina a considera como uma sociedade híbrida ou mista.

Sociedades contratuais, em regra, são sociedades de pessoas, ao passo que as sociedades institucionais, em regra, são sociedades de capital.

2.6. Quanto à Responsabilidade dos Sócios ou Acionistas pelas Obrigações da Sociedade

Segundo o princípio instituído pelo art. 350 do CCom, os bens particulares dos sócios só podem ser executados por dívidas da sociedade depois de executados todos os bens sociais, pois a sociedade tem personalidade jurídica, possuindo patrimônio próprio diverso do patrimônio individual dos sócios. Pelas dívidas da sociedade, responderá primeiramente o patrimônio social, e sempre de maneira subsidiária responderá o patrimônio individual do

comerciante, quando a lei assim o permitir.

O art. 596 do CPC também prevê a possibilidade de os bens particulares dos sócios responderem subsidiariamente pelas dívidas da sociedade. Essa regra vale para a sociedade irregular ou de fato, ou seja, o sócio sempre responderá subsidiariamente pelas dívidas por ela contraída, pois possui patrimônio próprio, sendo este responsabilizado primeiramente.

A responsabilidade subsidiária dos sócios pode ser: ilimitada, mista ou limitada.

2.6.1. Ilimitadas

Aquelas em que todos os sócios respondem com seu patrimônio pessoal, de forma ilimitada, pelas obrigações da sociedade. Os sócios da sociedade em nome coletivo possuem responsabilidade ilimitada.

A sociedade em nome coletivo está prevista no CCom, tendo a *firma* nome empresarial, a qual é composta com base no nome civil dos sócios.

2.6.2. Mistas

Aquelas em que uma parte dos sócios responde de forma ilimitada pelas obrigações da sociedade e outra parte responde de forma limitada ou sequer responde. São elas:

a) Sociedade em comandita simples (responsabilidade mista)

São previstas no CCom e constituídas por duas categorias de sócio:

- *sócio comanditado*: responde ilimitadamente com seu patrimônio pelas obrigações da sociedade;
- *sócio comanditário*: responde com seu patrimônio de forma limitada pelas obrigações da sociedade.

Adota como nome comercial *firma*, sendo que apenas o sócio comanditado é que pode emprestar o nome civil para a formação da *firma*.

b) Sociedade de capital e indústria (não responsabilização)

Está prevista no CCom e é constituída por sócios de duas categorias:

- *sócio capitalista*: é aquele que contribui materialmente para a sociedade;
- *sócio de indústria*: é aquele que contribui tão-somente com seu trabalho em favor da sociedade.

O sócio capitalista responde com seu patrimônio de forma ilimitada pelas obrigações da sociedade, ao passo que o sócio de indústria não responde pelas obrigações sociais.

Adota como nome empresarial *firma*, que apenas poderá ser composta com base no nome civil do sócio capitalista.

c) Sociedade em comandita por ações (responsabilidade mista)

Prevista na Lei das Sociedades por Ações (Lei n. 6.404/76).

Os acionistas comuns respondem de forma limitada pelas obrigações sociais, ao passo que os administradores (gerentes) respondem de forma ilimitada.

2.6.3. Limitadas

Aquelas em que todos os sócios respondem com seu patrimônio pelas obrigações da sociedade de forma limitada: sociedades por quota de participação limitada e sociedade anônima.

a) Regras de limitação de responsabilidade do sócio ou acionista

As regras servem para incentivar o particular a investir em atividade econômica. Antigamente, os sócios respondiam ilimitadamente. Com o passar do tempo, percebeu-se que a empresa é uma fonte de riqueza para o Estado, pois gera empregos, paga tributos etc. O particular precisa de segurança para investir na atividade econômica. Daí surgiram as regras de limitação de responsabilidade dos sócios.

b) Subscrição de capital

É o ato por meio do qual o sócio se compromete a contribuir para o capital da sociedade.

c) Integralização de capital

É o ato por meio do qual o sócio efetivamente contribui para a sociedade.

d) Regras de limitação de responsabilidade

- *Aplicável às sociedades contratuais*: a responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade é limitada ao valor do total do capital social subscrito e não integralizado.
- *Aplicável às sociedades institucionais*: os acionistas respondem com seu patrimônio pessoal pelas obrigações da sociedade até o limite do valor das ações individualmente subscritas e não integralizadas. Não há responsabilidade solidária entre a sociedade e os acionistas.

Pode ocorrer solidariedade entre os sócios. Entre eles e a sociedade, o que ocorre é responsabilidade principal e subsidiária.

As obrigações podem ser simples ou complexas. Nas complexas, há devedores múltiplos e cada um responderá por uma quota ou todos responderão solidariamente pelas dívidas. As sociedades, portanto, podem ser: solidárias ou não-solidárias.

DIREITO COMERCIAL

Sociedades do Código Comercial

1. INTRODUÇÃO

As sociedades reguladas pelo CCom são:

- sociedade em nome coletivo (N/C);
- sociedade de capital e indústria (C/I);
- sociedade em comandita simples (C/S);
- sociedade em conta de participação (C/P).

A sociedade em conta de participação difere das outras por não ser personificada, havendo apenas um vínculo entre os sócios. Essa sociedade não projeta uma pessoa jurídica, uma vez que somente os sócios sabem da sua existência. Nela existem dois tipos de sócios: o oculto e o ostensivo ou aparente.

2. ASPECTOS COMUNS A TODAS AS SOCIEDADES

2.1. Somente Pessoa Capaz Pode ser Sócio

O CCom veda a participação de incapazes em seu art. 308.

2.2. Quanto ao Nome Comercial

As sociedades possuem personalidade jurídica, sendoconseqüência o fato de que ela tem nome próprio diferente dos sócios. Existe, porém, uma exceção no que tange às sociedades por conta de participação: uma vez que estas não possuem personalidade e, conseqüentemente, não têm nome, os registros são feitos em nome do sócio ostensivo (art. 325 do CCom).

Existem duas espécies de nome comercial. São eles:

- *firma*: é constituída tendo como base o nome civil do comerciante individual ou dos sócios de determinadas sociedades comerciais. No Brasil, as firmas têm que ser constituídas com o princípio da veracidade em vista, podendo entrar o nome de um, dois ou todos os sócios. Ressalta-se que terá responsabilidade ilimitada o sócio que emprestar seu nome à firma comercial. O sócio com responsabilidade limitada passará a responder ilimitadamente caso empreste seu nome à sociedade;
- *denominação*: é constituída tendo como base o nome civil do(s) sócio(s) de determinadas sociedades ou uma expressão lingüística distinta (elemento fantasia).

A proteção jurídica ao nome empresarial decorre do arquivamento dos atos constitutivos na Junta Comercial, o que garante o nome em todo o território nacional.

Essas espécies de nomes comerciais não são válidas para as sociedades em conta de participação, uma vez que estas não registram seus atos na Junta Comercial.

2.3. Gerência

Quando o sócio de responsabilidade limitada ocupar cargo de gerência, passará a responder ilimitadamente, uma vez que, nas sociedades do CCom, o gerente é sempre sócio de responsabilidade ilimitada. Essa regra não se aplica à sociedade em conta de participação, uma vez que não é personificada e o sócio ostensivo age em seu próprio nome.

2.4. Penhora

Não é possível a penhora de quotas nas sociedades de pessoas, uma vez que o sistema é lógico: se são pessoas, não pode haver penhora. Ex.: uma sociedade com os sócios Cláudio e Daniel. Se fossem penhoradas e levadas a leilão as quotas de Cláudio, qualquer um poderia ser sócio de Daniel, mas como se trata de sociedade de pessoas, esse fato não é permitido.

2.5. Transferência de Sócios

Como as sociedades do CCom são de pessoas, excetuando-se as sociedades em conta de participação, faz-se necessário o consentimento dos demais sócios para a transferência de um sócio (art. 334 do CCom).

2.6. Morte do Sócio

A morte do sócio pode dissolver a sociedade total ou parcialmente.

A dissolução total extingue o vínculo contratual entre os sócios, extinguindo a pessoa jurídica.

A dissolução parcial extingue parcialmente a sociedade, permanecendo a pessoa jurídica, uma vez que os sócios remanescentes são suficientes para o seu funcionamento.

Quando a sociedade se extingue total ou parcialmente pela morte do sócio, a CF prevê a substituição do sócio, desde que prevista por cláusula no contrato.

2.7. Abuso de Gerência

Nas sociedades previstas no CCom, a responsabilidade do gerente que age com abuso é subsidiária, independentemente do tipo societário da sociedade.

Em princípio, quem responde é a sociedade, e somente subsidiariamente a responsabilidade será do sócio-gerente.

COMPLEXO JURÍDICO
DAMÁSIO DE JESUS
A excelência no ensino do Direito

CURSO DO PROF. DAMÁSIO A DISTÂNCIA

MÓDULO VI

DIREITO COMERCIAL
Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada

DIREITO COMERCIAL

Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada

1. BASE LEGAL

- Dec. n. 3.708/19.
- Arts. 300 a 302 do CCom, regras de constituição.
- Contrato Social, quando o decreto e o CCom forem omissos.
- Lei n. 6.404/76, subsidiariamente ao contrato social e, desde que compatível, por força do art. 18 do Dec. n. 3.708/19.

2. REQUISITOS DE VALIDADE DO CONTRATO SOCIAL

2.1. Genéricos

Dizem respeito a todo e qualquer ato jurídico constante do art. 82 do CC:

- objeto lícito;
- forma prescrita ou não defesa em lei. É prevista uma forma para o contrato social (Lei n. 8.934/94), que deve conter cláusulas essenciais, previstas no Dec. n. 1.800/96:
  - cláusula que determina o nome da sociedade;

- cláusula que indica o endereço da sociedade;
- cláusula que indica o valor do capital;
- cláusula de gerência;
- cláusula dizendo que os sócios respondem limitadamente, entre outras;

• agente capaz, ou seja, menor não pode ser sócio de sociedade limitada. A jurisprudência, porém, é pacífica no sentido de que o menor pode ser sócio desde que atendidos dois requisitos:

- não ocupe cargo de gerência;
- o capital social subscrito esteja totalmente integralizado.

2.2. Específicos

São dois os requisitos específicos de validade do contrato social:

• art. 287 do CCom: todos os sócios deverão contribuir para o capital da sociedade, podendo ser em dinheiro, créditos, bens, desde que tenham valor econômico;

• art. 288 do CCom: todos os sócios devem participar dos resultados sociais. Resultados sociais são a participação nos lucros e a participação no acervo em caso de partilha. Qualquer cláusula que afaste os sócios da participação dos resultados sociais é chamada de cláusula leonina e invalida todo o contrato social.

Importante ressaltar que a cláusula leonina nos contratos civis invalida apenas esta cláusula. No contrato social, porém, invalida-o em sua totalidade.

3. PRESSUPOSTOS DE EXISTÊNCIA DA SOCIEDADE LIMITADA

3.1. Pluralidade de Sócios

Uma sociedade limitada deve ser formada por no mínimo dois sócios, sem limitação para o máximo. Não se admitem, como regra, sociedades limitadas unipessoais.

As sociedades por ações (S/A), porém, podem ser unipessoais em duas hipóteses:

- no intervalo entre duas assembléias gerais – que é realizada anualmente. Entre uma assembléia e outra, a S/A pode ficar com apenas um sócio;
- subsidiária integral: ocorrerá quando uma S/A criar uma outra S/A. Ex.: uma S/A “X” cria uma S/A “Y”, sendo que 100% das ações da S/A “Y” pertencerão à S/A “X”. A nova S/A terá, portanto, apenas um sócio (unipessoalidade), que será a própria S/A que a instituiu.

Assim, ante a possibilidade da existência de uma S/A unipessoal, tem-se admitido, atualmente, que a Ltda. também possa ser unipessoal, desde que pelo prazo máximo de 1 ano. Essa é uma interpretação analógica da S/A e ocorre sempre em caráter incidental, pois não se pode criar uma sociedade limitada unipessoal. Decorrido o prazo de 1 ano, se a sociedade permanecer com apenas

um sócio, deverá ser dissolvida, porém sem a extinção da empresa, podendo o sócio continuar desenvolvendo a atividade como firma individual.

3.2. *Affectio societatis*

É a vontade dos sócios de constituirem e manterem uma sociedade. Tem maior relevância na sociedade de pessoas do que na de capital

4. REGIME JURÍDICO DOS SÓCIOS DA LIMITADA

Consiste no conjunto de direitos e deveres dos sócios.

4.1. Direitos Essenciais dos Sócios

4.1.1. Direito de participar nos resultados sociais

O lucro remunera o capital investido. O pró-labore remunera o trabalho do sócio na sociedade e, para recebê-lo, basta previsão no contrato social, não havendo a necessidade de trabalhar de fato.

4.1.2. Direito de fiscalização da gerência da sociedade

Essa fiscalização ocorre de duas formas:

- por meio de exame de livros;
- por prestação de contas do gerente, na periodicidade prevista no contrato social.

Se o contrato social não mencionar, o gerente só prestará contas, extrajudicialmente, quando deixar o cargo. Judicialmente, o gerente pode prestar contas sempre que o Juiz determinar.

4.1.3. Direito de participar das deliberações da sociedade

A maioria é quem decide sobre as deliberações da sociedade. Se a maioria quiser o aumento do capital social, por exemplo, a minoria deverá obedecer.

Atualmente, é possível inserir no contrato social cláusula que condicione a necessidade de unanimidade dos sócios para certas alterações contratuais, além das que já exigem unanimidade. Se não houver essa cláusula, valerá o que a maioria decidir.

4.1.4. Direito de retirada, recesso ou dissidência

Qualquer um dos sócios poderá, imotivadamente, exercer o direito de retirada, recesso ou dissidência, desligando-se da sociedade, se restar vencido em qualquer deliberação da maioria societária que importe em alteração do contrato social. Se, porém, a sociedade for contratada por prazo determinado, os sócios não poderão exercer esse direito.

4.2. Deveres dos Sócios

4.2.1. Integralizar as cotas subscritas

O sócio que não cumpre com a obrigação de integralizar o capital

subscrito é chamado de remisso. A sociedade poderá optar pela cobrança do valor a ser integralizado ou por sua exclusão. Se a sociedade decidir por excluir o sócio remisso, poderá adquirir sua cota, desde que o faça com fundos disponíveis, sem ofensa ao capital social.

4.2.2. Responder pelas obrigações sociais

Os sócios respondem pelas obrigações sociais até o limite do valor do total do capital social subscrito e não integralizado.

4.3. Gerência

É o órgão responsável pela manifestação de vontade da sociedade. Somente sócio pode ser gerente, sendo chamado de sócio-gerente.

O sócio-gerente poderá delegar os poderes de gerência a terceiro não-sócio, denominado “gerente delegado”. Pelos atos praticados por este responde o sócio-gerente delegante. Há circunstâncias em que se torna obrigatória a delegação dos poderes de gerência; como exemplo, pode ser citada a sociedade estrangeira.

O sócio-gerente não responde de forma distinta dos demais sócios pelo fato de ser gerente. Poderá, todavia, ser pessoalmente responsabilizado por ilícito que praticar (art. 10 da Lei das Limitadas).

Questão interessante surge ao indagar se a sociedade responde pelos atos praticados pelo sócio-gerente com excesso de mandato.

Existe uma teoria denominada *ultra vires*, na qual a sociedade não responde por esse excesso. No Brasil, segundo uma corrente doutrinária, a

teoria *ultra vires* não se aplica, pois a sociedade responde pelos atos praticados com excesso de mandato, tendo direito de regresso em face do gerente.

O sócio-gerente responde pessoalmente com todo seu patrimônio por dívida tributária (art. 135, III, do CTN), desde que tenha agido de forma ilícita. Se, porém, a sociedade deixar de recolher o tributo, duas correntes se manifestam:

- a corrente do FISCO sustenta que o gerente sempre responde;
- a segunda corrente afirma que o sócio-gerente só responde se houver a prática de ato ilícito para não pagar o tributo (ex.: sonegação). Para esta, se a sociedade deixou de pagar por falta de recurso, não pode ser pessoalmente responsabilizado o sócio-gerente.

4.4. Responsabilidade Pessoal dos Sócios

Os sócios respondem ilimitadamente quando:

- adotarem deliberação contrária à lei ou ao contrato social pelos prejuízos decorrentes da deliberação ilícita (art. 16 da Lei das Limitadas);
- o contrato social não contiver cláusula prevendo a limitação da responsabilidade dos sócios;
- houver encargos trabalhistas;
- houver débito junto à Seguridade Social (INSS) (art. 13 da Lei n. 8.620/93).

4.5. Desconsideração da Personalidade Jurídica da Sociedade

Desconsidera-se a personalidade jurídica da sociedade sempre que a pessoa jurídica e as regras de limitação de responsabilidade dos sócios forem por estes utilizadas com o objetivo de auferir uma vantagem pessoal indevida (ilícita), fraudando interesses de terceiros. Exemplo: A sociedade "X", com todo o seu capital integralizado, compra várias cadeiras de um fornecedor a prazo e as vende à vista, distribui o dinheiro entre os sócios e não paga o fornecedor. Esses sócios obtiveram uma vantagem ilícita, passando a responderem diretamente.

Desconsidera-se, igualmente, a pessoa jurídica sempre que houver confusão entre o interesse da sociedade e os interesses pessoais dos sócios.

Em caso de dano ao meio ambiente, também se desconsidera a pessoa jurídica, aplicando-se o mesmo entendimento para a defesa do consumidor e para os ilícitos antitruste (Lei n. 8.884/94).

A jurisprudência desconsidera a pessoa jurídica na hipótese de dívida trabalhista.

DIREITO COMERCIAL

Sociedades por ações – Lei n. 6.404/76 (Sociedade Anônima)

1. CLASSIFICAÇÃO

As sociedades anônimas classificam-se em abertas e fechadas, de acordo com a negociação de seus valores na Bolsa de Valores e no Mercado de Balcão.

Antes de adentrarmos no assunto, é indispensável a breve compreensão de alguns conceitos:

- A Bolsa de Valores e o Mercado de Balcão formam o Mercado de Capitais, no qual se negociam ações ou qualquer outro valor mobiliário;
- A Bolsa de Valores é uma associação civil, formada por sociedades corretoras de valores mobiliários de uma mesma base territorial, que exerce o serviço do pregão de valores mobiliários. A Bolsa é mercado secundário de valores mobiliários;
- O Mercado de Balcão compreende todos os negócios que se realizam no mercado aberto de capitais, fora da Bolsa de Valores. É mercado primário e secundário de valores mobiliários;
- O mercado primário de valores mobiliários é aquele em que as ações são subscritas ou lançadas. Exemplo: contrato de subscrição ou underwriting – Sociedade de ações está sendo formada – contrato

com uma instituição para viabilizar o lançamento das ações e, também, lançar as mesmas;

- O mercado secundário de valores mobiliários é aquele em que são negociadas ações já subscritas ou lançadas. Ex.: contrato de compra e venda de ações efetuadas na Bolsa de Valores;
- Valores mobiliários são títulos de investimento que as sociedades anônimas emitem para captação dos recursos necessários ao desenvolvimento de sua atividade econômica.

Após o conhecimento acerca dos conceitos básicos, passaremos à referida classificação das sociedades anônimas:

- *Abertas:* são as sociedades anônimas cujos valores mobiliários são negociáveis na Bolsa de Valores e no Mercado de Balcão, o que é, inclusive, a sua fonte de captação de recursos. Têm como característica o levantamento de fundos em alta quantia e são controladas e fiscalizadas pelo Estado por intermédio da Comissão de Valores Mobiliários – CVM;
- *Fechadas:* são aquelas que não negociam seus valores mobiliários no mercado de capitais.

2. ESPÉCIES DE VALORES MOBILIÁRIOS

As espécies de valores mobiliários são: ação, debênture, partes beneficiadas, bônus de subscrição, *commercial paper*.

2.1. Ação

É uma espécie de valor mobiliário representativo de unidade do capital social de uma sociedade anônima e que confere ao seu titular um complexo de direitos e deveres patrimoniais e políticos.

Muitos autores colocam a ação como uma espécie de título de crédito, porém essa classificação não condiz com a realidade, visto que os títulos de créditos conferem ao seu titular direitos tão-somente na esfera patrimonial, enquanto as ações, além de conferirem direitos na esfera patrimonial, conferem também direitos na esfera política. O principal direito político conferido pelas ações é o direito de voto, além do direito à fiscalização.

2.1.1. Classificação das ações

a) Quanto à espécie

- *Ordinárias:* são aquelas que conferem aos seus titulares os direitos que a lei reserva aos acionistas. Não conferem vantagens ou privilégios na esfera patrimonial, porém o direito político do voto é sempre concedido.

- *Preferenciais:* são as que conferem aos seus titulares alguma vantagem ou privilégio na esfera patrimonial. Por outro lado, não conferem direito de voto. As vantagens estão dispostas no art. 17 da Lei das Sociedades por Ações (este rol é exemplificativo). As sociedades por ações admitem no máximo 50% do capital social representados por ações preferenciais sem direito a voto (é a nova redação do § 2.º do art. 15 da Lei n. 6.404/76, redação essa dada pela Lei n. 10.303/2001). Deve-se notar que as ações preferenciais sem

direito de voto ou com restrição ao exercício deste direito, somente serão admitidas à negociação no mercado de valores mobiliários se a elas for atribuída pelo menos uma das seguintes preferências ou vantagens (art. 17, § 1.º, inc. I, da Lei n. 6.404/76, com nova redação) em prioridade na distribuição de dividendos, fixo ou mínimo;

- *De fruição:* são as atribuídas aos acionistas, cujas ações foram amortizadas. Amortizar uma ação significa adiantar ao acionista o que ele receberia caso a sociedade fosse liquidada, independentemente desse evento (dessa liquidação). O acionista não terá mais direito ao acervo do patrimônio em caso de partilha. Os acionistas de fruição possuem todos os demais direitos essenciais. Vale lembrar que o direito a voto não é um direito essencial.

b) Quanto à forma

- *Nominativas*: são as que identificam o seu titular, diferentemente das ações ao portador, que foram extintas em 1990. Atualmente, todas as ações identificam o portador, tanto as nominativas quanto as escriturais. As ações nominativas estão registradas no livro da sociedade anônima e sua transferência ocorre mediante averbação em livro próprio. O que diferencia as ações nominativas das escriturais é o ato jurídico que opera a transferência de sua titularidade.

- *Escriturais*: são aquelas registradas nos livros de uma instituição financeira e sua transferência ocorre mediante ordem do alienante para que se proceda a uma baixa em sua conta de ações e a um

crédito na conta de ações do adquirente. Elas não geram emissão de certificados, apenas constam dos arquivos da instituição financeira.

c) Quanto à classe

- As ações ordinárias de companhias abertas não podem ser divididas em classes. As ordinárias de companhias fechadas podem ser divididas em classes, observado o limite do art. 16 da LSA; este rol é taxativo.
- Ações preferenciais sempre poderão ser divididas em classes, tantas quantos forem distintos os conjuntos de direitos.

2.2. Debênture

É uma espécie de valor mobiliário representativo de um contrato de mútuo em que a sociedade anônima emitente é o mutuário e o debenturista é o mutuante. É emitida a partir de um documento que se chama escritura de emissão de debêntures, que apresentará todas as condições da emissão. Tal documento conterá:

- o valor de cada debênture;
- o prazo de resgate;
- a remuneração do debenturista;
- as garantias que a sociedade anônima oferece ao debenturista.

2.2.1. Classificação das debêntures

As debêntures podem ser classificadas de acordo com a garantia que oferecem ao debenturista:

- *debênture com garantia real*: confere a seu titular (ao debenturista) um direito real de garantia – pode ser hipoteca, penhor etc.;
- *debênture com garantia flutuante*: confere ao seu titular um privilégio geral em caso de falência da sociedade anônima emitente;
- *debênture quirografária*: confere um crédito de natureza quirografária ao seu titular (crédito quirografário: aquele que não tem garantia nem privilégio);
- *debênture subordinada ou sub-quirografária*: confere ao seu titular uma preferência em relação aos acionistas, em caso de falência da sociedade anônima emitente.

As debêntures são emitidas por S/As fechadas ou abertas (para o mercado de capitais – Bolsa de Valores e Mercado de Balcão). Se a emissão for feita para o mercado de capitais, a escritura de emissão obrigatoriamente indicará um agente fiduciário de debenturistas que os representará em todas as relações com a sociedade anônima. Agente fiduciário de debenturista pode ser pessoa física ou jurídica. Se for jurídica, deve ser uma instituição financeira. As debêntures podem ser convertidas em ações, a depender da escritura de emissão.

A nova redação do art. 59 da Lei n. 6.404/76, dada pela Lei n. 10.303/2001, prevê a possibilidade de, na companhia aberta, o conselho de administração, deliberar sobre a emissão de debêntures simples, não conversíveis em ações e sem garantia real. (§ 1.º do art. 59, da Lei 6.404/76).

2.3. Partes Beneficiárias

São valores mobiliários que conferem aos seus titulares direito de crédito eventual, consistente na participação nos lucros da sociedade anônima emitente. A Lei n. 10.303/2001, que modificou a Lei n. 6.404/76, vedou às companhias abertas emitir partes beneficiárias (§ único, do art. 47). Nas S/As fechadas, além dessas duas hipóteses, também podem as partes beneficiárias ser atribuídas aos fundadores da companhia como remuneração por serviços prestados.

No máximo 10% dos lucros podem ser atribuídos às partes beneficiárias. As partes beneficiárias têm o prazo máximo de duração de 10 anos, exceto aquelas atribuídas às associações de empregados, que têm prazo de duração indeterminado.

2.4. Bônus de Subscrição

São valores mobiliários que conferem ao seu titular direito de preferência na subscrição de novas ações da companhia. Só podem emitir bônus de subscrição a sociedade anônima de capital autorizado.

2.5. *Commercial Paper* (nota promissória)

São valores mobiliários destinados à captação de recursos a curto prazo (30 a 180 dias). Se a intenção da sociedade anônima é conseguir recurso a longo prazo, emite debênture. Se for a curto prazo, emite c*ommercial paper*.

DIREITO COMERCIAL

Sociedade Anônima – Lei n. 6.404/76

1. CONSTITUIÇÃO DA SOCIEDADE ANÔNIMA

A sociedade anônima aberta é constituída por subscrição pública. A sociedade anônima fechada tem sua constituição por subscrição privada.

1.1. Regras Comuns

- Necessidade de pluralidade de subscritores, pelo menos duas pessoas.
- Os subscritores devem integralizar, no mínimo, 10% do capital à vista. Se for o caso de instituição financeira, a integralização imediata deve ser de, no mínimo, 50%.

1.2. Processo da Subscrição Pública de uma Sociedade Anônima Aberta

- ***Registro na CVM.***

Documentos necessários:

a) estudo da viabilidade econômica do empreendimento;

b) prospecto divulgando o investimento ao mercado;

c) projeto do estatuto.

- ***Colocação das ações junto ao investidor, o que se dará obrigatoriamente por intermédio de uma instituição financeira.*** No contrato de *underwritting*, a contratada será a instituição financeira.

- ***Assembléia de fundação***

Os subscritores das ações votarão o estatuto, que será aprovado por deliberação de mais da metade do capital social.

Uma vez aprovado, o estatuto deve ser publicado e depois levado a arquivamento na junta comercial.

Na assembléia de fundação todos votam.

1.3. Regras para constituição de Sociedade Anônima Fechada

Os fundadores elaboram um projeto de estatuto que deve ser aprovado em uma assembléia de fundação.

Particularidade: é possível constituir uma sociedade anônima fechada por escritura pública desde que assinada por todos os subscritores.

2. ÓRGÃOS SOCIAIS

A estrutura organizacional de uma sociedade anônima pode ser formada por quatro órgãos distintos:

- Assembléia Geral;
- Conselho de Administração;
- Diretoria;
- Conselho Fiscal.

2.1. Assembléia Geral

É o órgão mais importante da sociedade anônima, possuindo um caráter exclusivamente deliberativo.

Participam da Assembléia Geral os acionistas com ou sem direito a voto, aqueles deliberam, estes podem discutir a matéria sujeita à deliberação, de acordo com o parágrafo único do art. 125, Lei das Sociedades Anônimas (direito de voz). Modalidades de Assembléia Geral:

- *Assembléia geral ordinária (AGO)*: realiza-se obrigatoriamente nos quatro meses seguintes ao término de cada exercício social. Compete exclusivamente à assembléia geral ordinária deliberar sobre os assuntos previstos no art. 132 da Lei das Sociedades Anônimas cujo rol é taxativo, qualquer outra deliberação deverá ser objeto de assembléia geral extraordinária. Ex.: eleição de administradores, distribuição de lucros, aprovação das contas.

- *Assembléia geral extraordinária (AGE)*: realiza-se sempre que necessária. Nela há deliberação acerca de todos os assuntos cuja competência não seja exclusiva da assembléia gedral ordinária.

  Obs.: é possível a realização concomitante de AGO e AGE.

2.1.1. Convocação de Assembléia Geral

A regra estabelece que a competência para convocar a Assembléia Geral é do Conselho de Administração. Caso não haja Conselho de Administração, a Assembléia Geral é convocada pela diretoria. Se, por alguma razão, a diretoria deixar de convocá-la, será convocada pelo Conselho Fiscal ou pelos acionistas.

A convocação da Assembléia Geral deve ser feita por anúncio a ser publicado na imprensa por três vezes. Entre a data da publicação do 1.º anúncio e a data da realização da Assembléia Geral, devem decorrer, no mínimo, oito dias, para as companhias fechadas e quinze dias, para as companhias abertas. Entre a data do anúncio da 2.ª convocação e a data da realização da Assembléia em 2.ª convocação, deve decorrer, no mínimo, cinco dias para as companhias fechadas e oito para as companhias abertas. A não observância desses prazos pode causar a declaração da nulidade da Assembléia Geral (a diferenciação do prazo mínimo para convocação entre as S/As abertas e fechadas foi trazida pela Lei n. 10.303/2001).

Exceção: a convocação prévia se torna desnecessária se estiverem presentes nas assembléias todos os acionistas (tanto os ordinaristas como os preferencialistas).

Se a S/A for fechada, a convocação pode se dar por carta (correspondência epistolar).

Em S/A aberta, nunca se admite a convocação por carta.

2.1.2. **Quorum** *para instalação e deliberação da Assembléia Geral*

Para que uma Assembléia Geral possa instalar-se, é necessária a presença de no mínimo ¼ do capital social votante.

Se o objeto da Assembléia Geral implicar alteração do estatuto, o *quorum* é elevado para 2/3.

Em 2.ª convocação, a assembléia instala-se com qualquer número de acionistas presentes.

Para aprovação dos assuntos em Assembléia Geral, basta a aprovação da maioria simples dos presentes. Se o assunto a ser deliberado for algum daqueles previstos no art. 136 da Lei das Sociedades Anônimas, deve haver um *quorum* de deliberação qualificado, correspondendo a no mínimo 50% do total do capital social votante.

Ex.: fusão da companhia, incorporação de uma companhia em outra, dissolução da sociedade, cisão da companhia.

Para que as ações preferenciais possam ser alteradas, é necessária a prévia autorização ou uma ratificação por parte dos acionistas cujas ações foram afetadas em Assembléia Especial, salvo se já previstas ou autorizadas pelo Estatuto.

2.2. Conselho de Administração

É um órgão facultativo também de caráter deliberativo, constituído tão-somente por acionistas (pessoas físicas, em número mínimo de três). É obrigatório em 3 sociedades:

a) sociedades anônimas abertas;

b) sociedades de economia mista;

c) sociedades anônimas de capital autorizado (quando o futuro aumento de capital está previamente autorizado pela Assembléia Geral.

Os membros do Conselho de Administração são eleitos pela Assembléia Geral. E seus poderes são previstos no estatuto. A nova redação do art. 140 da Lei n. 6.404/76 (dada pela Lei n. 10.303/2001), prevê que a escolha e substituição do presidente do conselho podem se dar pela assembléia ou pelo próprio Conselho, de acordo com o que restar estabelecido no Estatuto.

2.3. Diretoria

É o órgão de execução das deliberações da Assembléia Geral e do Conselho de Administração.

Os diretores, mínimo de dois, são eleitos pelo Conselho de Administração ou, na sua ausência, pela Assembléia Geral. Podem ser acionistas ou não.

O Enunciado n. 269 do TST estabelece que o empregado eleito para ocupar cargo de direção terá suspenso seu contrato de trabalho, salvo se houver subordinação (art. 3.º da CLT).

A diretoria pode ser composta por, no máximo, 1/3 dos membros do Conselho de Administração.

Os membros do Conselho de Administração e da Diretoria são entendidos como administradores para todos os efeitos.

2.4. Conselho Fiscal

É um colegiado que se destina ao controle dos órgãos da administração, com o objetivo de proteger os interesses dos acionistas e da sociedade. É de existência obrigatória e funcionamento facultativo, sendo permanente tão-somente nas sociedades de economia mista.

A deliberação quanto ao funcionamento de Conselho Fiscal é tomada em Assembléia Geral, podendo ser Ordinária ou Extraordinária, independentemente da inclusão do assunto em pauta.

O *quorum* mínimo para instalação do Conselho Fiscal é de 10% das ações com voto e 5% das ações sem voto.

O Conselho Fiscal deve ser composto por no mínimo três e no máximo cinco pessoas físicas, acionistas ou não.

Os membros da administração e da diretoria não podem ser membros do Conselho Fiscal.

A nova redação do art. 165 da Lei n. 6.404/76, dada pela Lei n. 10.303/2001, prevê que a atuação do conselho fiscal deve se dar no exclusivo

interesse da companhia. Nesse sentido o § 1.º, do art. 165: "Os membros do conselho fiscal deverão exercer suas funções no exclusivo interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o exercício da função com o fim de causar dano à companhia, ou aos seus acionistas ou administradores, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia, seus acionistas ou administradores".

3. DEVERES DOS ADMINISTRADORES EM UMA SOCIEDADE ANÔNIMA

- Dever de diligência.
- Dever de lealdade.
- Dever de informar.

3.1. Dever de Diligência

Para cumprir o dever de diligência previsto no art. 153 da Lei das Sociedades Anônimas, o administrador empregará na condução dos negócios sociais as técnicas recomendadas pela ciência da Administração de Empresas.

3.2. Dever de Lealdade

Para cumprir o dever de lealdade previsto no art. 155, incs. I, II e III da Lei das Sociedades Anônimas, o administrador não poderá utilizar em benefício próprio informações que obteve acerca dos planos e interesses da companhia em razão do cargo que ocupa, podendo, inclusive, incorrer em crime de concorrência desleal (Lei de Propriedade Industrial, art.195, inc. XI, § 1.º).

3.3. Dever de Informar

Aplicado ao administrador de Sociedade Anônima aberta, encontra-se previsto no art. 157 da Lei das Sociedades Anônimas.

Para cumprir o dever de informar, o administrador deve imediatamente comunicar à Bolsa de Valores e à imprensa a ocorrência de qualquer fato que possa influenciar de modo ponderável, significativo, a decisão dos investidores de comprar ou vender valores mobiliários de emissão da companhia.

A bolsa de valores trabalha com o princípio da ampla informação – *full disclosure* -, tudo que acontece na companhia que seja importante deve ser comunicado à imprensa e à Bolsa de Valores. Ex.: uma companhia participou de uma licitação e ganhou, conseqüentemente, ocorrerá muita procura pelas suas ações, assim, o preço destas subirá. Um mês depois, porém, a administração cancela o contrato. Esse cancelamento deverá ser comunicado à Bolsa de Valores e à imprensa, pelos administradores da companhia.

4. RESPONSABILIZAÇÃO DOS ADMINISTRADORES

A lei das sociedades anônimas prevê que os administradores serão responsabilizados em duas situações:

a) quando agirem com dolo ou culpa, ainda que dentro de suas atribuições;

b) quando agirem com violação à Lei ou ao estatuto.

Na primeira hipótese, trata-se de responsabilidade civil subjetiva.

Na segunda, existem duas correntes acerca da natureza da responsabilidade: uma entende que é o caso de responsabilidade objetiva, pouco importando a culpa (minoritária). Outra entende que se trata de responsabilidade subjetiva, todavia com inversão do ônus da prova. Cabe ao administrador provar que não houve violação.

Os prejuízos causados pelos administradores são suportados pela companhia, tendo esta legitimidade para responsabilizá-los por não terem cumprido com seus deveres.

A prévia deliberação em Assembléia Geral é condição de procedibilidade da ação de responsabilização em face dos administradores.

Caso a Assembléia Geral decida pela responsabilização do administrador, este deverá ser substituído, devendo a ação ser proposta nos três meses seguintes. Decorrido esse período sem a propositura da ação, qualquer dos acionistas que detenha pelo menos 5% do capital social poderá fazê-lo

isoladamente como substituto processual. O resultado da ação reverte em favor da sociedade.

Qualquer prejudicado pode ingressar diretamente em face do administrador com ação de indenização.

O Ministério Público poderá ingressar com ação civil pública em face do administrador que causar prejuízos no mercado de capitais.

5. DEVERES E DIREITOS DOS ACIONISTAS

5.1. Deveres

O dever principal é o de integralizar as ações subscritas. O acionista que não cumpre com esse dever será considerado remisso.

Diante de um acionista remisso, a sociedade anônima tem duas opções:

- poderá optar pela cobrança do valor a integralizar;
- poderá alienar as ações do remisso na Bolsa de Valores em leilão especial.
- Essas opções são válidas para sociedade anônima aberta ou fechada, e o que já foi integralizado pelo remisso será devolvido.

5.2. Direitos

- Direito de participação nos lucros e no acervo.
- Direito de fiscalização.
- Direito de preferência na subscrição de ações e certos valores mobiliários.
- Direito de retirada (recesso ou dissidência).

São direitos essenciais, portanto, não poderão ser suprimidos nem pelas Assembléias nem pelo estatuto da sociedade.

Obs.: existe uma posição doutrinária, minoritária, entendendo que esses direitos podem ser suprimidos.

5.2.1. Direito de participação nos lucros e no acervo

A participação nos lucros de uma S/A se dá por meio do pagamento de dividendos.

Cabe à Assembléia Geral Ordinária deliberar sobre a distribuição dos lucros.

A participação no acervo, como regra, se verifica quando a sociedade é extinta.

Exceções: é possível que o acionista participe do acervo durante a existência da sociedade:

- quando a sua ação é amortizada. Amortizar a ação corresponde ao adiantamento ao acionista do valor que ele receberia caso a sociedade fosse extinta;

- quando o acionista exerce o direito de retirada (recesso ou dissidência).

Como regra, o acionista participa do acervo de acordo com a sua participação acionária. É possível, entretanto, a criação de ações preferenciais que conferem aos seus titulares uma percentagem superior no acervo quando comparada à participação no capital da sociedade.

Ex.: sociedade anônima cujo estatuto consta que uma determinada classe de acionistas preferenciais terá uma percentagem a mais de 10%.

5.2.2. Direito de fiscalização da sociedade

O direito de fiscalização é bastante restrito em uma sociedade anônima. Limita-se às hipóteses legais:

- por meio do Conselho Fiscal. O funcionamento do Conselho Fiscal é facultativo, mas pode ser instalado a qualquer momento;
- acesso direto aos livros sociais. Nas sociedades anônimas, apenas podem ter acesso aos livros sociais acionistas que representem no mínimo 5% do capital social. Além disso, o acionista deve indicar o dispositivo legal ou estatutário violado;
- prestação de contas dos administradores;
- auditoria independente. É obrigatória nas sociedades anônimas abertas e facultativa para as fechadas.

5.2.3. Direito de preferência na subscrição de novas ações

Visa principalmente à manutenção da participação societária, além da manutenção do poder de controle.

Ex.: Acionista com 5% das ações, a empresa vai aumentar o capital social, tem direito de subscrever ações para manter os 5%.

O direito de preferência pode ser objeto de negociação. É possível transferi-lo a terceiro. Pode-se até mesmo vender o direito de preferência.

5.2.4. Direito de retirada (recesso ou dissidência)

O acionista pode se retirar da sociedade de duas formas:

- *alienação* – Realiza-se um negócio bilateral sem a participação da sociedade (contrato de compra e venda de ações). O valor da participação societária é o valor de mercado;
- *retirada* – não se faz acordo bilateral. Retirada é um direito, portanto, é um ato unilateral. Exige a participação da companhia (da sociedade). O valor que se paga não é o valor de mercado, mas sim o valor patrimonial. O direito de retirada (forma) encontra-se previsto no art. 137 da Lei das Sociedades Anônimas.

"Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI e IX do art. 136 dá ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), observadas as seguintes normas:

....

II – nos casos dos incisos IV e V o art. 136, não terá direito de retirada o titular de ação de espécie ou classe que tenha liquidez e dispersão no mercado, considerando-se haver:

a) liquidez, quando a espécie ou classe de ação, ou certificado que a represente, integre índice geral representativo de carteira de valores mobiliários admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários, no Brasil ou no exterior, definido pela Comissão de Valores Mobiliários; e

b) dispersão, quando o acionista controlador, a sociedade controladora ou outras sociedades sob seu controle detiverem menos da metade da espécie ou classe de ação;

III – no caso do inciso IX do art. 136, somente haverá direito de retirada se a cisão implicar:

a) mudança do objeto social, salvo quando o patrimônio cindido for vertido para sociedade cuja atividade preponderante coincida com a decorrente do objeto social da sociedade cindida;

b) redução do dividendo obrigatório; ou

c) participação em grupo de sociedades;

IV – o reembolso da ação deve ser reclamado à companhia no prazo de 30 (trinta) dias contado da publicação da ata da assembléia-geral;

V – o prazo para o dissidente de deliberação de assembléia especial (art. 136, § 1.º) será contado da publicação da respectiva ata;

VI – o pagamento do reembolso somente poderá ser exigido após a observância do disposto no § 3.º e, se for o caso, da ratificação da deliberação pela assembléia-geral.

....

§ 2.º O direito de reembolso poderá ser exercido no prazo previsto nos incisos IV ou V do *caput* deste artigo, conforme o caso, ainda que o titular das ações tenha se abstido de votar contra a deliberação ou não tenha comparecido à assembléia.

§ 3.º Nos 10 (dez) dias subseqüentes ao término do prazo de que tratam os incisos IV e V do *caput* deste artigo, conforme o caso, contado da publicação da ata da assembléia-geral ou da assembléia especial que ratificar a deliberação, é facultado aos órgãos da administração convocar a assembléia-geral para ratificar ou reconsiderar a deliberação, se entenderem que o pagamento do preço do reembolso das ações aos acionistas dissidentes que exerceram o direito de retirada porá em risco a estabilidade financeira da empresa."

As sociedades anônimas são sociedades institucionais. É possível a venda das ações para qualquer pessoa, basta o contrato de compra e venda e o registro no livro da empresa.

Hipóteses em que cabe a retirada nas sociedades anônimas (hipóteses dos incs. I a VI e IX do art. 136):

a) Criação de ações preferenciais ou aumento das classes existentes

Se foi realizada Assembléia Geral e ficou decidido nessa assembléia o aumento das ações preferencialistas, os acionistas ordinaristas podem se retirar.

Os preferencialistas não afetados não exercerão o direito de retirada.

b) Alteração nas preferências ou vantagens das ações preferenciais

Ex.: Acionista que comprou ação preferencial da classe Y, porque receberia 10%; se a porcentagem baixar para 7%, pode se retirar.

Para que seja exercido o direito de retirada neste caso, a deliberação já deve ter sido tomada em Assembléia Geral e Assembléia de preferencialistas.

c) Redução do dividendo obrigatório

d) Caso de fusão, cisão, incorporação ou participação em grupo de sociedades

É importante notar que a Lei n. 10.303/2001 trouxe de volta a possibilidade do exercício do direito de retirada em caso de cisão.

e) Alteração do objeto social da sociedade

Não cabe a retirada se as alterações forem essenciais para efeitos de concorrência.

f) Hipótese de transformação da sociedade anônima em tipo societário distinto

g) No caso de desapropriação do controle da sociedade

O Estado pode desapropriar o controle da sociedade anônima, transformando-a em sociedade de economia mista.

Quando o acionista se retira da sociedade, recebe um reembolso do valor de suas ações, que tem como base o patrimônio líquido da sociedade.

Existe uma tendência de que o valor a ser pago como retirada corresponde ao valor econômico da sociedade (tem de estar previsto no estatuto). O valor econômico leva em conta a perspectiva de crescimento da sociedade.

6. DIREITO DE VOTO

Não é essencial, pode ser suprimido pelo estatuto em duas hipóteses: ações preferenciais e acionista em mora.

As ações preferenciais normalmente não votam, mas situações excepcionais permitem o direito de votar. Ex.: Assembléia de Constituição; se em três exercícios seguidos não se deliberarem os lucros; se a sociedade resolver fechar o seu capital.

Cada ação confere, em regra, um voto nas Assembléias Gerais. É possível o chamado “voto múltiplo” para eleição de membros do Conselho de Administração. O voto múltiplo ocorre quando cada ação confere tantos votos quantos forem os membros do Conselho de Administração.

A Lei das Sociedades Anônimas reprime, proíbe, o voto irregular. Há duas espécies de voto irregular:

- *voto abusivo*: é aquele com o qual o acionista tem a intenção de causar dano à sociedade ou aos demais acionistas;
- *voto conflitante*: é aquele emitido por acionista que tem um interesse pessoal incompatível com o interesse da sociedade. Ex.: o administrador acionista não pode votar sua própria conta.

Nas duas hipóteses, haverá responsabilização civil do acionista.

Se o voto foi abusivo, a Assembléia Geral não será nula. O voto abusivo não causa a invalidação da Assembléia.

O voto conflitante pode causar a invalidade da Assembléia, caso o resultado fosse distinto na hipótese de abstenção.

7. ACORDO DE ACIONISTAS

É um contrato que se realiza entre acionistas com o objetivo de estabilizar as relações na companhia.

Basicamente, o acordo de acionistas pode ter por objetivo:

- poder de controle;
- alienação de ações.

7.1. Poder de Controle

Detém o controle de uma sociedade anônima o acionista ou grupo de acionistas que tiver o poder de comandar a sociedade, elegendo seus administradores e determinando as linhas básicas de atuação desta.

Esse poder de controle ocorre na Assembléia Geral Ordinária.

O controlador de uma S/A responde pelos atos que praticar de forma abusiva.

A Lei das Sociedades Anônimas descreve as hipóteses em que se verifica o exercício abusivo do poder de controle (art. 117 da Lei das Sociedades Anônimas). Ex.: Diretor que se aproveita do cargo para auferir vantagens pessoais.

7.2. Alienação de Ações

O acordo de acionista que tem por objeto alienação de ações poderá dispor sobre restrições quanto a alienações dessas.

P.: É possível restrição à transferência de ações em sociedade anônima?

R.: Na *sociedade anônima aberta* não pode haver restrição, exceção: pode-se restringir a circulação de ações que estejam vinculadas em acordo de acionistas. Em *sociedade anônima fechada* é permitida tal restrição.

O acordo de acionistas deve estar registrado nos livros da sociedade anônima para que gere efeitos em relação à sociedade.

8. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

É uma sociedade anônima cujo controle está nas mãos do Poder Público, que detém a parte majoritária do capital social.

Para a constituição de uma sociedade de economia mista, é necessária a existência de prévia autorização legal.

A particularidade deste tipo societário é a possibilidade de diminuição global do lucro líquido da sociedade, em virtude da realização do bem comum que inspirou a sua constituição.

Obrigatoriamente, uma sociedade de economia mista apresenta Conselho de Administração e Conselho Fiscal em funcionamento.

O art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas, que previa que as sociedades de economia mista não se sujeitavam à falência foi revogado pela Lei n. 10.303/2001.

9. TRANSFORMAÇÃO, INCORPORAÇÃO, FUSÃO E CISÃO

9.1. Transformação

Ocorre quando uma sociedade comercial altera o seu tipo societário.

A transformação não afeta a pessoa jurídica, esta permanece intacta: mesmo capital social, mesmo ativo, mesmo passivo, etc.

Na transformação, altera-se a “roupagem jurídica”.

Conseqüências:

- alteração na responsabilidade dos sócios. A transformação depende da anuência de todos os sócios, a não ser que o estatuto a autorize por deliberação majoritária.(neste caso, os dissidentes terão direito de retirada, recesso ou dissidência);
- pode alterar o direito dos credores. A lei dispõe que os créditos que tiverem origem anterior à transformação continuarão com todas as suas prerrogativas preexistentes, no que se refere à solvabilidade.

Comerciante individual não se *transforma* em sociedade comercial. Deve instituir uma sociedade segundo as regras de constituição.

9.2. Incorporação

Tanto na incorporação como na fusão, verifica-se o fenômeno da concentração de empresas.

Na incorporação, uma sociedade que se denomina incorporadora absorve outra (s) sociedade (s), que se denominam incorporadas, sendo que a incorporadora remanesce e as incorporadas se extinguem.

A sociedade incorporadora é sucessora universal de todos os direitos e deveres das incorporadas.

9.3. Fusão

Duas ou mais sociedades se extinguem para que, da conjugação de seus patrimônios, surja uma nova sociedade.

A sociedade resultante da fusão é sucessora universal de todos os direitos e deveres das fusionadas.

As companhias fusionadas se extinguem sem liquidação, porque são absorvidas pela fusão.

O documento que viabiliza a operação é o protocolo; é uma espécie de pré-contrato das sociedades que fazem parte da operação (fusão, cisão, incorporação) – art. 226 da Lei das Sociedades por Ações.

O protocolo só vincula as companhias a partir do momento em que é aprovado pelas Assembléias Gerais das sociedades envolvidas.

9.4. Cisão

Na cisão, a sociedade se subdivide total ou parcialmente, sendo que parcela de seu patrimônio é vertida para outra ou outras sociedades pré-constituídas ou constituídas para este fim.

As sociedades em favor das quais foi vertido o patrimônio são solidariamente responsáveis pelas obrigações da sociedade cindida.

A sociedade cindida extingue-se, mas não se liquida.

Se a sociedade cindida não se extingue, o protocolo poderá especificar quais obrigações continuam sob sua responsabilidade.

O credor poderá, todavia, impugnar a destinação de seu crédito em 90 dias.

10. CONSIDERAÇÕES GERAIS

A Lei n. 10.303, de 31.10.2001 trouxe importantes modificações à Lei das Sociedades Anônimas. Além das mudanças salientadas neste módulo e no anterior destaca-se ainda:

- *§ 4.º do art. 4.º*: prevendo que em caso de fechamento de capital deverá haver oferta pública para a aquisição da totalidade das ações em circulação no mercado, por preço justo, estabelece referido artigo: "O registro de companhia aberta para negociação de ações no mercado somente poderá ser cancelado se a companhia emissora de ações, o acionista controlador ou a sociedade que a controle, direta ou indiretamente, formular oferta pública para adquirir a totalidade das ações em circulação no mercado, por preço justo, ao menos igual ao valor de avaliação da companhia, apurado com base nos critérios, adotados de forma isolada ou combinada, de patrimônio líquido contábil, de patrimônio líquido avaliado a preço de mercado, de fluxo de caixa descontado, de comparação por múltiplos, de cotação das ações no mercado de valores mobiliários, ou com base em outro critério aceito pela Comissão de Valores Mobiliários, assegurada a revisão do valor da oferta, em conformidade com o disposto no art. 4.º-A.".

- *inclusão do art. 4.º-A*: regula a convocação de Assembléia Especial para deliberar sobre a nova avaliação para os fins de valor de compra previsto no § 4.º do art. 4.º (fechamento de capital), "Na companhia aberta, os titulares de, no mínimo, 10% (dez por cento) das ações em circulação no mercado poderão requerer aos administradores da companhia que convoquem assembléia especial dos acionistas titulares de ações em circulação no mercado, para deliberar sobre a realização de nova

avaliação pelo mesmo ou por outro critério, para efeito de determinação do valor de avaliação da companhia, referido no § 4.º do art. 4.º (...)".

- *inclusão do art. 116 e 165 A*: prevê a obrigação de informar a posição acionária para acionista controlador ou acionista que tenha elegido membro do conselho de administração ou do conselho fiscal ou para membros do conselho fiscal.

"Art. 116-A. O acionista controlador da companhia aberta e os acionistas, ou grupo de acionistas, que elegerem membro do conselho de administração ou membro do conselho fiscal, deverão informar imediatamente as modificações em sua posição acionária na companhia à Comissão de Valores e às Bolsas de Valores ou entidades do mercado de balcão organizado nas quais os valores mobiliários de emissão da companhia estejam admitidos à negociação, nas condições e na forma determinadas pela Comissão de Valores Mobiliários."

"Art. 165-A. Os membros do conselho fiscal da companhia aberta deverão informar imediatamente as modificações em suas posições acionárias na companhia à Comissão de Valores Mobiliários e às Bolsas de Valores ou entidades do mercado de balcão organizado nas quais os valores mobiliários de emissão da companhia estejam admitidos à negociação, nas condições e na forma determinadas pela Comissão de valores Mobiliários."

- *Inclusão do art. 254-A*: trata do *"tag along"*, ou seja, da obrigação de estender aos minoritários com direito de voto o direito de transferência das suas ações por, pelo menos, 80% do que foi oferecido aos titulares de ações que compõem o controle, em caso de alienação direta ou indireta do controle da companhia aberta.

"Art. 254-A. A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva,

de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle.

§ 1.º Entende-se como alienação de controle a transferência, de forma direta ou indireta, de ações integrantes do bloco de controle, de ações vinculadas a de acionistas e de valores mobiliários conversíveis em ações com direito a voto, cessão de direitos de subscrição de ações e de outros títulos ou direitos relativos a valores mobiliários conversíveis em ações que venham a resultar na alienação de controle acionário da sociedade.

§ 2.º A Comissão de Valores Mobiliários autorizará a alienação de controle de que trata o *caput*, desde que verificado que as condições da oferta pública atendem aos requisitos legais.

§ 3.º Compete à Comissão de Valores Mobiliários estabelecer normas a serem observadas na oferta pública de que trata o *caput*.

§ 4.º O adquirente do controle acionário de companhia aberta poderá oferecer aos acionistas minoritários opção de permanecer na companhia, mediante o pagamento de um prêmio equivalente à diferença entre o valor de mercado das ações e o valor pago por ação integrante do bloco de controle.

§ 5.º (VETADO)"

- As regras de transição e a *"vacatio legis"*, estão previstas nos arts. 6.º, 8.º e 9.º da Lei n. 10.303/2001.

"Art. 6.º As companhias existentes deverão proceder à adaptação do seu estatuto aos preceitos desta Lei no prazo de 1 (um) ano, a contar da data em

que esta entrar em vigor, devendo, para este fim, ser convocada assembléia-geral dos acionistas.

Art. 8.º A alteração de direitos conferidos às ações existentes em decorrência de adequação a esta Lei não confere o direito de recesso de que trata o art. 137 da Lei n. 6.404, de 1976, se efetivada até o término do ano de 2002.

§ 1.º A proporção prevista no § 2.º do art. 15 da Lei n. 6.404, de 1976, será aplicada de acordo com o seguinte critério:

I – imediatamente às companhias novas;

II – às companhias fechadas existentes, no momento em que decidirem abrir o seu capital; e

III – as companhias abertas existentes poderão manter proporção de até dois terços de ações preferenciais, em relação ao total de ações emitidas, inclusive em relação a novas emissões de ações.

§ 2.º Nas emissões de ações ordinárias por companhias abertas que optarem por se adaptar ao disposto no art. 15, § 2.º, da Lei n. 6.404, de 1976, com a redação que lhe é conferida por esta Lei, poderá não ser estendido aos acionistas titulares de ações preferenciais, a critério da companhia, o direito de preferência a que se refere o art. 171, § 1.º, aliena *b*, da Lei n. 6.404, de 1976. uma vez reduzido o percentual de participação em ações preferenciais, não mais será lícito à companhia elevá-lo além do limite atingido.

§ 3.º As companhias abertas somente poderão emitir novas ações preferenciais com observância do disposto no art. 17, § 1.º, da Lei n. 6.404, de 1976, com a redação dada por esta Lei, devendo os respectivos estatutos ser

adaptados ao referido dispositivo legal no prazo de 1 (um) ano, após a data de entrada em vigor desta Lei.

§ 4.º Até a assembléia-geral ordinária que se reunir para aprovar as demonstrações financeiras do exercício de 2004, inclusive, o conselheiro eleito na forma do § 4.º, inciso II, ou do § 5.º do art. 141 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, será escolhido em lista tríplice elaborada pelo acionista controlador; e, a partir da assembléia-geral ordinária de 2006, o referido conselheiro será eleito nos termos desta Lei, independentemente do mandato do onselheiro a ser substituído.

Art. 9.º Esta Lei entra em vigor após decorridos 120 (cento e vinte) dias de sua publicação oficial, aplicando-se, todavia, a partir da data de publicação, às companhias que se constituírem a partir dessa data.”

CURSO DO PROF. DAMÁSIO A DISTÂNCIA

MÓDULO IX

DIREITO COMERCIAL

DIREITO COMERCIAL

Direito do Consumidor

1. INTRODUÇÃO

O Direito só se ocupava com as relações singularmente consideradas, sendo recente a preocupação com as relações de massa existentes entre fornecedores e consumidores, a partir do surgimento da chamada relação de consumo.

Entre as décadas de 50 e 60, do século XX, o crescimento das empresas e a sofisticação dos produtos e dos métodos de produção, favorecidos pelo sistema da livre-concorrência entre as empresas e pela multiplicação dos bens e dos métodos de produção e dos serviços colocados à disposição, tornou claro e incontroverso que os consumidores assemelhavam-se a "escravos" do consumo.

Diante dessa situação, passou-se a reconhecer a figura do consumidor e, sobretudo, a sua vulnerabilidade, outorgando-lhe direitos específicos – denominados "proteção ao consumidor". A existência dessa proteção não significou, todavia, o reconhecimento de uma autonomia disciplinar, com foros de cientificidade própria.

Inicialmente, reconheceu-se o evidente caráter de interdisciplinariedade da matéria, com regras de Direito Comercial, Civil, Penal, Administrativo, Econômico e Processual convivendo na defesa e proteção dos interesses do consumidor.

Nesse sentido, para certos autores, o reconhecimento e análise dos direitos estabelecidos em favor dos consumidores não implicam a aceitação da existência de um Direito do Consumidor, como ramo autônomo do Direito.

Para outros, preferível seria falar-se num "Direito da Produção", em face da circunstância de que a natureza daquelas normas encerra um conjunto de restrições e de imposições que dizem respeito à atividade produtiva e não ao interesse específico dos consumidores.

Finalmente, há autores que admitem a existência de um verdadeiro "Direito do Consumidor", concebido como o conjunto de normas que tem por finalidade a proteção dos consumidores.

Assim é que surgiu a Lei n. 8.078/90, que dispõe sobre a proteção do consumidor. Em seus arts. 1.º, 2.º e 3.º constam as disposições gerais; nos arts. 4.º e 5.º, a política nacional das relações de consumo; e nos arts. 6.º e 7.º, os direitos básicos do consumidor. Sugere-se, desde já, sejam lidos, com atenção, esses dispositivos legais.

DIREITO COMERCIAL

Direito do Consumidor

1. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR

Antes de iniciar o estudo deste tópico, é importante explicar a expressão "fornecedor". Essa expressão foi utilizada pelo Código de Defesa do Consumidor para identificar os diversos agentes econômicos que atuam em uma relação de consumo, tais como o fabricante, o produtor, o importador, o construtor etc.

Com a Revolução Industrial e, principalmente, a revolução tecnológica, ocorreram profundas alterações na sociedade; além das questões relativas à introdução de produtos defeituosos no mercado, outros problemas ligados aos atos de consumo surgiram, como as práticas comerciais desleais e abusivas, a sofisticação dos produtos, o desenvolvimento do crédito e a eficácia cada vez maior da publicidade e do *marketing*.

Dessa forma, com o evidente desequilíbrio que passou a existir entre fornecedores e consumidores, surgiu a necessidade da criação de um mecanismo de proteção e defesa desses contra aqueles.

Assim, em 1962, o presidente dos Estados Unidos, John Kennedy, por meio de uma mensagem, reconheceu certos direitos fundamentais do consumidor, como o direito à segurança, o direito à informação, o direito à escolha e o direito de ser ouvido, criando-se, dessa forma, um direito novo, o do consumidor.

Na proteção do consumidor, são quatro os principais eixos acolhidos pela legislação:

- proteção contra práticas comerciais desleais e abusivas;
- informação, formação e educação do consumidor;
- representação, organização e consulta;
- proteção do consumidor contra produtos defeituosos e perigosos.

A responsabilidade civil do fornecedor encontra-se nesse último eixo, representando um dos mais importantes aspectos da proteção do consumidor.

Esse assunto encontra-se disciplinado nos arts. 12 e ss. do Código de Defesa do Consumidor.

O art. 12 citado dispõe que o fornecedor responderá "independentemente da existência de culpa", deixando clara a escolha do legislador pela chamada responsabilidade objetiva, o que representa para muitos a maior inovação do mencionado Código. A adoção da responsabilidade objetiva do produtor foi introduzida por uma Diretiva da Comunidade Econômica Européia, aprovada em 25.7.1985.

A análise da responsabilidade pelo fato do produto, no Código de Defesa do Consumidor, pressupõe uma distinção entre a noção de produto defeituoso (art. 12, § 1.º, do CDC) e o conceito de vício do produto (art. 18 do CDC), apresentando conseqüências diversas no regime jurídico aplicável no caso de um ou de outro.

A noção de defeito se refere à incolumidade física e psíquica do consumidor, não importando, todavia, se o produto satisfaz a finalidade para a

qual se destina. Essa primeira órbita de proteção visa assegurar a saúde e a segurança dos consumidores diante dos danos causados por produtos defeituosos.

Já a existência ou inexistência de vício do produto diz respeito à esfera patrimonial do consumidor, ou seja, visa proteger seu patrimônio dos prejuízos relacionados com a qualidade e com a quantidade dos produtos introduzidos no mercado.

Assim, se o dano sofrido for em conseqüência de defeito do produto, a única solução possível será a composição das perdas e danos, diferentemente de quando resultar de vícios do produto, quando não apenas o ressarcimento pelos danos satisfará o consumidor; nesse caso outras formas de ressarcimento serão necessárias, tais como a substituição do produto por outro da mesma espéciee em perfeitas condições de uso (art. 18, § 1.º, inc. I, do CDC), a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada (inc. II), ou mesmo o abatimento proporcional do preço (inc. III).

O campo relacionado aos serviços vem disciplinado no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, no qual a mesma observação feita no já mencionado art. 12 encontra-se novamente presente; mais uma vez o legislador se utilizou da expressão "independentemente da existência de culpa", deixando evidenciado que, no que se referir à prestação de serviços, também a responsabilidade será objetiva.

Importante atentar-se ao caso dos profissionais liberais, os quais são tratados pelo Código como uma exceção à regra (art. 14, § 4.º). A responsabilidade pessoal desses será apurada, dado o caráter personalíssimo de sua atividade, mediante a verificação da culpa.

Contudo, a situação desses profissionais mudou um pouco em relação a como era antes do advento do novo Código, isso porque, devido ao princípio do art. 6.º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor – possibilidade de inversão do ônus da prova –, eles poderão ter a incumbência de provar, em Juízo, não terem agido com culpa para, então, poderem se eximir da responsabilidade.

Importante, ainda, dizer que a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto, embora objetiva, não equivale à responsabilidade fundada sobre o simples nexo causal entre o uso do produto e o dano, devendo, ao contrário, entre esses dois elementos interpor-se um "defeito" do produto. Assim, existem hipóteses de exclusão de responsabilidade que, provadas pelo fornecedor, elidem o nexo de causalidade entre o produto e dano. Tais hipóteses estão arroladas no art. 12, § 3.º, do CDC.

A primeira causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor prevista no supracitado rol é a prova, por ele produzida, de que não colocou o produto no mercado; a segunda hipótese é a prova da inexistência do defeito e a terceira é a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro - no caso de culpa concorrente, permaneceria a responsabilidade do fornecedor.

A doutrina pátria tem manifestado o entendimento de que se trata, aqui, de um rol exemplificativo, esclarecendo ainda que existem outras causas de exclusão da responsabilidade do fornecedor, devendo cada caso concreto ser analisado.

2. A PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O termo "publicidade" é considerado em seu sentido mais amplo para englobar toda forma de ação publicitária em favor dos produtos e dos serviços.

Segundo GUIDO ALPA, a publicidade representa o próprio símbolo da sociedade de consumo, sendo, assim, imprescindível a sua regulamentação.

O CONAR (Conselho de Auto-regulamentação Publicitário), composto por anunciantes, agências de publicidade e veículos anunciantes, tem por objetivo reprimir os abusos éticos que porventura venham a ser praticados na publicidade em nosso País. Dessa forma, sua atuação é realizada no sentido de controlar a publicidade, sem, contudo, estar revestida de autoridade suficiente para impor sua decisão aos anunciantes e/ou agências de publicidade.

A forma de regulamentação legal só ocorreu mesmo com a introdução do Código de Defesa do Consumidor em nosso ordenamento jurídico, o qual, além de inovar nesse ponto, ainda sistematizou a publicidade.

Formou-se, então, com a existência do CONAR e a introdução do CDC, um sistema misto e ideal de controle da publicidade, ou seja, uma forma de controle privado e outra de controle legal compatíveis entre si.

O citado controle legal exercido pelo Código de Defesa do Consumidor tem como meta, conforme dispõe seu art. 37, evitar os abusos que se possam cometer contra os direitos dos consumidores.

Essa preocupação com a publicidade, despertada nos últimos anos, é justamente no intuito de evitar a veiculação de publicidade enganosa ou abusiva.

O Código de Defesa do Consumidor , ao regulamentar as normas acerca da publicidade, valeu-se de alguns princípios informadores, merecendo destaque os princípios da vinculação contratual (art. 30), da identificação da mensagem publicitária (art. 36), da veracidade (art. 37, § 1.º), da não abusividade da publicidade (art. 37, § 2.º), da inversão do ônus da prova (art. 38) e da correção do desvio publicitário (art. 56, inc. XII).

O princípio da vinculação contratual, inspirado no projeto francês, significa que toda a oferta ou publicidade de um produto ou serviço, desde que suficientemente precisa, obriga o fornecedor a contratar. Foi imensa a inovação do Código de Defesa do Consumidor conferida aos consumidores, já que, pelo sistema do Código Civil, somente a proposta de contrato vinculava o fornecedor (art. 1.080 do CC).

O princípio da identificação da mensagem publicitária, também com base no projeto francês, visa à fácil e imediata identificação da publicidade pelo consumidor, vedando-se, conseqüentemente, a publicidade clandestina ou a subliminar.

O terceiro princípio, que diz respeito à veracidade, trata da autenticidade da informação publicitária e da prova da veracidade da mensagem veiculada, devendo, dessa forma, o fornecedor possuir os dados técnicos, fáticos e científicos que comprovem essa mensagem. Ainda deve estar presente a exata correspondência entre o conteúdo da mensagem e as características apresentadas pelo produto ou serviço, proibindo-se, assim, qualquer fórmula que possa induzir o consumidor médio em erro. É justamente por esse princípio que se proíbe a publicidade enganosa.

O princípio da não abusividade da publicidade (ou da legalidade) visa à proteção aos valores da sociedade, como a sensibilidade do consumidor, respeito ao meio ambiente, à criança e à segurança.

Importantíssimo é o princípio da inversão do ônus da prova quando se tratar de matéria probatória a respeito da veracidade e correção da mensagem publicitária, dado que o Código de Defesa do Consumidor prevê ser de responsabilidade de quem patrocina a comunicação publicitária o ônus da prova da sua veracidade e correção da informação.

Concluindo, podemos dizer que a veracidade da informação publicitária liga-se ao princípio da veracidade, e a correção dessa diz respeito aos princípios da não abusividade e da identificação da mensagem publicitária, ficando a cargo do fornecedor (anunciante) sua prova.

A normatização da oferta e da publicidade pelo Código de Defesa do Consumidor tem por objetivo não só a sua regulamentação, como também prover o sistema jurídico de meios adequados a reparar os danos advindos das práticas comerciais sofridas pelos consumidores, nada impedindo, inclusive, que seja condenado o anunciante à reposição das coisas ao estado anterior, a ser obtida por meio da contrapropaganda.

DIREITO COMERCIAL

1. FALÊNCIA

Se o devedor é insolvente, todos os credores receberão seus créditos, proporcionalmente, em uma execução concursal. (Princípio *Pars Conditio Creditorum*).

Se o devedor insolvente não é comerciante, a execução concursal se dá pelas regras do Código Civil.

Se o devedor insolvente é comerciante, a execução de seu patrimônio obedece às regras do Decreto-lei n. 7.661/45 – Lei de Falências.

Falência, portanto, é um processo judicial de execução coletiva, universal, dirigida contra devedor qualificado como comerciante.

1.1. Pressupostos do Processo Falimentar

- Devedor comerciante
- Insolvência
- Sentença declaratória da falência

1.1.1. Devedor comerciante

Somente o comerciante definido pela teoria dos atos do comércio ou o assim considerado por força de lei, por exemplo, empresas de construção e sociedades por ações, submetem-se à falência.

Prestadora de serviço não se subordina à falência, por ser excluída do conceito de comerciante. A empresa de publicidade, porém, pode sujeitar-se ao regime falimentar, pois, além de prestar serviço, pode vender espaço de propaganda, praticando ato de comércio.

Alguns comerciantes não podem falir– dentre outros as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Estas, excluídas expressamente pelo art. 242 da LSA, que impõe a responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica controladora – dispositivo de constitucionalidade questionada pelos doutrinadores.

A Lei de Falências exclui parcialmente de suas regras determinados comerciantes, por exemplo, as sociedades seguradoras, as instituições financeiras etc., que podem falir, mas não têm acesso à concordata.

Observações:

- Falência do comerciante de fato ou irregular.

O comerciante de fato ou irregular é aquele que deixa de arquivar seus atos constitutivos na Junta Comercial; *pode falir*, pois, para a Lei de Falências a formalidade do arquivamento não é relevante e, sim, se o comerciante desenvolve atividade comercial e é insolvente.

Não pode requerer concordata nem tem legitimidade para o pedido de falência de outro comerciante. Deve requerer a autofalência, quando for o caso (art. 8.º, da LF).

- Falência do ex-comerciante.

De acordo com a Lei, o comerciante continua sujeito à falência por um período de 24 meses, a contar da data do arquivamento dos atos dissolutórios na Junta Comercial ou do cancelamento da inscrição, se comerciante individual.

A doutrina faz prevalecer, no entanto, que o início da contagem dos 24 meses acontece da data em que, *de fato*, o comerciante deixou de desenvolver atividade comercial.

- Falência da sociedade e efeitos em relação ao sócio.

O art. 20 do Código Civil distingue a pessoa jurídica da pessoa física que a compõe. Assim, a falência da sociedade comercial não importa a dos sócios.

- Falência da sociedade em conta de participação.

Trata-se de sociedade definida pelo art. 325 do Código Comercial– não pode ser registrada e não tem personalidade jurídica e, assim, não pode falir. Somente o sócio ostensivo, como informa o art. 328 do Código Comercial, está sujeito à falência, sendo essa na condição de "empresário comercial individual, ou da sociedade que se prestar à condição de sócio ostensivo" (RUBENS REQUIÃO).

1.1.2. Insolvência jurídica

No sentido econômico, insolvência significa ter mais dívida do que patrimônio.

Para efeitos de declaração da falência, considera-se a insolvência jurídica (e não a econômica)– definida nas hipóteses criadas pelo legislador, as quais, verificadas de fato, pressupõem a insolvência, ensejando a falência. Os arts. 1.º

e 2.º , da Lei de Falências, descrevem tais hipóteses:

- *Art. 1.º*: incorporou o sistema da impontualidade injustificada. Considera-se falido o comerciante que, sem relevante razão de direito, deixa de pagar obrigação líquida. Para que se possa pedir a falência com base nesse artigo, é preciso levar a Juízo o título protestado, para caracterizar a impontualidade.

- *Art. 2.º*: descreve atos de falência– são comportamentos que pressupõem a insolvência.

  – Inc. I: comerciante executado que não paga e não nomeia bens à penhora. O exeqüente deve requerer uma certidão ao juiz, para distribuição do pedido de falência. A partir desse momento, o exeqüente deve desistir da execução.

  – Inc. V: alienação de estabelecimento comercial sem anuência dos credores, e sem deixar bens suficientes para garantia das dívidas.

  – Inc. VII: abandono do estabelecimento pelo comerciante.

Pode ocorrer também “Insolvência Confessada”, quando o comerciante pede sua autofalência, prevista no art. 8.º da Lei de Falências.

1.1.3. Sentença declaratória da falência

É pressuposto do processo falimentar (será abordada oportunamente).

2. ASPECTOS PROCESSUAIS DA FALÊNCIA

2.1. Aplicabilidade do Código de Processo Civil

As regras do Código de Processo Civil aplicam-se subsidiariamente à Lei Falimentar, exceto no que se refere aos recursos. A Lei de Falências contempla um sistema próprio de recursos, no entanto, a jurisprudência vem entendendo cabível os embargos infringentes – não previstos pela Lei de Falências.

2.2. Fluência de Prazos

Os prazos no processo falimentar são peremptórios e contínuos, correm em cartório, independentemente da intimação das partes, inclusive em férias forenses.

Para fins de recurso, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o termo inicial é a data da intimação da parte (Súmula n. 25 do STJ).

2.3. Competência

É competente para conhecer de um pedido de falência o Juízo no qual se localiza o principal estabelecimento do devedor (art. 7.º da LF).

Existem duas correntes que procuram definir o que é principal estabelecimento:

- Uma entende ser aquele onde o devedor administra suas atividades.

- Outra entende ser aquele em que estão concentrados, em maior proporção, os bens do devedor. É o economicamente mais relevante, e não o administrativamente.

Na doutrina menos atualizada prevalece a primeira corrente; porém, os tribunais já vêm decidindo pela aplicação da segunda corrente.

2.4. Universalidade do Juízo Falimentar

O Juízo Falimentar atrai todas as ações e interesses da massa, tem *vis atractiva* – força de atração.

Embora a universalidade seja a regra, existem exceções. Não são atraídas para o Juízo da :

- as reclamações trabalhistas;
- as execuções fiscais;
- as execuções individuais com hasta já realizada ou designada.

3. FASES DO PROCESSO FALIMENTAR

|____________________|____________________|____________________|

Pré-falimentar Falimentar Pós-falimentar

3.1. Pré-falimentar

Começa com o pedido de falência e termina com uma sentença declaratória ou denegatória da falência.

O que se objetiva é a análise e o deferimento, ou não, do pedido de falência.

3.2. Falimentar

Começa com a sentença declaratória da falência e termina com a sentença de encerramento da falência.

A fase falimentar subdivide-se em duas etapas distintas:

- cognitiva, ou de conhecimento;
- satisfativa, de liquidação, ou executiva.

3.2.1. Etapa cognitiva / conhecimento

Tem por objetivo apurar o ativo, o passivo e eventual prática de crime falimentar.

Para apuração do ativo, há o procedimento de arrecadação dos bens e correlatos.

Para apuração do passivo, há o procedimento de verificação de créditos.

Para apuração de eventual prática de crime falimentar, é previsto o inquérito judicial.

Encerradas as apurações, passa-se para a segunda etapa.

3.2.2. Etapa executiva / liquidação / satisfativa

Seu objetivo é a realização do ativo (venda dos bens) e o pagamento do passivo (pagamento dos credores).

Vendidos os bens e pagos os credores, no que for possível, o juiz profere uma sentença de encerramento da falência, que não significa, porém, que acabaram as obrigações do falido.

3.3. Pós-falimentar

O objetivo é a reabilitação do falido, que se dá por meio da extinção de suas obrigações, por sentença. Essa fase começa com a sentença de encerramento da falência e termina com a sentença de extinção das obrigações do falido.

Não é fase obrigatória. Se, no curso do processo falimentar, as obrigações do falido forem cumpridas, não haverá necessidade dessa fase.

DIREITO COMERCIAL

Fases do Processo Falimentar

1. FASE PRÉ-FALIMENTAR

1.1. Legitimidade Ativa para Pedido de Falência

Têm legitimidade ativa:

- *O próprio devedor comerciante (autofalência)*: não se trata de dever, mas sim de faculdade do comerciante. Caso o comerciante não peça, não sofrerá sanção.
- *O cônjuge ou inventariante de comerciante falecido:* apenas nas hipóteses do art. 1.º ou art. 2.º, inc. I, da Lei de Falências (Dec.-lei n. 7.661/45).
- *O sócio de sociedade devedora*: não se pode confundir essa hipótese com autofalência.
- *O credor:* se o credor requerente for comerciante, deverá comprovar a sua regularidade (atos constitutivos arquivados na Junta Comercial).

Se o requerente for domiciliado no exterior, deverá prestar caução, pois é possível que o mero pedido de falência cause prejuízo ao devedor.

Se o credor tiver em seu favor alguma garantia real, deverá renunciar a essa garantia.

1.2. Ritos do Pedido de Falência

O rito depende do fundamento do pedido de falência.

- Se o fundamento for o do art. 1.º, o rito será o do art. 11 da Lei.
- Se o fundamento for o do art. 2.º, o rito será o do art. 12 da Lei.

1.2.1. Rito do art. 11

É conhecido como rito de cognição restrita. O fundamento do art. 1.º é a impontualidade injustificada. Em defesa, o requerido poderá alegar apenas as matérias relevantes, dispostas no art. 4.º da Lei de Falências (são hipóteses que descaracterizam a insolvência). O requerido poderá alegar também as matérias processuais (art. 301 do CPC).

Por esse rito, o requerido será citado para, no prazo de 24 horas, apresentar a defesa que tiver. Poderá, nesse prazo, efetuar o chamado "depósito elisivo" – depósito, em Juízo, da quantia devida,o que impossibilita a declaração de falência do requerido, pois descaracteriza a impontualidade. A Súmula n. 29 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que o depósito elisivo deverá abranger o principal, juros, correção monetária e honorários de advogado.

A grande tendência, todavia, é admitir a denegação da falência com o mero depósito do principal. A diferença (juros, correção monetária etc.) é cobrada nos mesmos autos, mas isso é feito em forma de cobrança.

1.2.2. Rito do art. 12

É conhecido como rito de cognição ampla. O requerido pode alegar qualquer matéria para provar que não praticou ato de falência (insolvência).

O requerido será citado para que, em 24 horas, apresente a defesa que tiver; a lei denomina essa defesa de *embargos*.

Questão interessante é saber se há possibilidade de depósito elisivo, caso o fundamento do pedido tiver por base o art. 2.º, uma vez que a lei não o prevê.

A jurisprudência, em várias decisões, já entendeu pela possibilidade do depósito elisivo, se o pedido de falência tiver fundamento no art. 2.º.

1.3. Sentença Declaratória da Falência

1.3.1. Natureza jurídica

Existem duas correntes:

- A corrente minoritária entende que a sentença declaratória da falência tem natureza declaratória. Diz que a sentença apenas reconhece uma situação pré-existente.
- A corrente que prevalece entende que a sentença declaratória da falência tem natureza constitutiva, porque cria uma nova situação jurídica, na qual se inserem o falido e seus credores.

1.3.2. Requisitos da sentença declaratória da falência

- *Genéricos*: dizem respeito a todos os requisitos de processo judicial – art. 458 do Código de Processo Civil.

- *Específicos*: estão dispostos no art. 14, par. ún., da Lei de Falências. São eles:

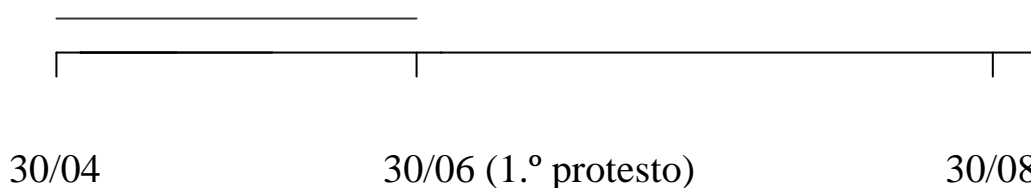
_ Toda sentença deve apresentar uma identificação completa do falido, indicação de seu principal estabelecimento e, em caso de sociedade, identificação dos sócios que respondam pessoalmente.

_ Deve declarar a hora da prolação (hora em que foi proferida a sentença). É nessa hora que o falido é desapossado da administração de seus bens. A partir desse momento, os bens passam à massa falida, representada pelo síndico.

_ Deverá indicar o termo legal da falência. Termo legal da falência é conhecido como período suspeito, ou seja, um período de tempo (até 60 dias, contados retroativamente, a partir da data do primeiro protesto lavrado contra o falido) dentro do qual certos atos praticados pelo falido não geram efeitos em relação à massa falida.

Exemplo:

Período suspeito

30/04 30/06 (1.º protesto) 30/08

Inexistindo protesto, o termo legal será contado a partir da data do

primeiro despacho do pedido.

Se houver cumulação de concordata preventiva e falência, o termo legal será contado a partir da distribuição do pedido de concordata preventiva.

- deverá ser fixado prazo para a habilitação dos credores, que varia entre 10 a 20 dias;

- deverá ser nomeado o síndico.

O juiz, ao declarar a falência, poderá determinar a lacração do estabelecimento do falido.

1.3.3. Recursos contra sentença declaratória da falência

a) *Recurso de agravo de instrumento* (art. 17 da LF)

As regras são as mesmas do Código de Processo Civil. A Lei de Falências, porém, não fala em efeito suspensivo. Hoje, a posição dominante, face ao Código de Processo Civil, é a de que há efeito suspensivo. Esse recurso pode ser utilizado tendo por base tanto o pedido de falência do art. 1.º quanto o do art. 2.º da Lei de Falências.

b) Recurso de embargos (art. 18 da LF)

Tal recurso é cabível apenas na hipótese de a falência ter sido declarada com base no art. 1.º da Lei de Falências.

Embargos são recursos de retratação, pois são dirigidos ao Juízo de 1.º grau.

O prazo para interposição é dois dias, a contar da publicação da sentença declaratória da falência.

Contra a decisão de 1.ª instância dos embargos, cabe recurso de apelação para 2.ª instância.

Os recursos de agravo e embargos podem ser interpostos ao mesmo tempo.

1.4. Sentença Denegatória da Falência

A falência será denegada em duas circunstâncias:

- se houver depósito elisivo;
- se forem acolhidas as alegações/razões apresentadas em defesa.

O fundamento das razões da falência tem importância no que se refere ao ônus de sucumbência. Se a sentença é denegatória por conta de depósito elisivo, caberá ao requerido arcar com o ônus de sucumbência. Se a sentença é denegatória por acolhimento das razões de defesa, então, caberá ao requerente arcar com o ônus de sucumbência.

O art. 20 da Lei de Falências dispõe que, se o requerente agir com dolo ao pedir a falência do devedor, a própria sentença denegatória poderá fixar uma indenização em favor desse.

O parágrafo único do art. 20 estabelece que, se ficar caracterizado que o requerente agiu com culpa, após denegada a falência, o requerido poderá pleitear indenização em ação própria.

1.4.1. Recurso contra sentença denegatória da falência

Cabe recurso de apelação.

1.5. Administração da Falência

A administração do processo falimentar cabe:

- ao juiz;
- ao representante do Ministério Público;
- ao síndico.

O juiz preside o processo falimentar, determinando a prática dos atos que se façam necessários.

O representante do Ministério Público funciona precipuamente como fiscal da lei, todavia, pode agir como parte (ex: hipótese de denúncia pela prática de crime falimentar). O art. 499 do Código de Processo Civil diz que o Ministério Público pode interpor recurso. Então, sempre que previsto recurso na Lei de Falências, o MP tem legitimidade recursal, embora, às vezes, não prevista na própria Lei de Falências.

O síndico funciona como um auxiliar do juiz no processo falimentar. É o representante legal dos interesses da massa falida. Declarada a falência, forma-se a massa falida, que é a universalidade de direito representada pelo síndico. O síndico tem a obrigação de administrar a massa falida com diligência, respondendo pessoalmente pelos prejuízos que causar em caso de má administração. A nomeação do síndico se dá pela regra contida na Lei de

Falências: o síndico será escolhido entre os maiores credores da massa, sendo que, a partir da terceira recusa por parte desses, o juiz poderá nomear um síndico dativo, de preferência comerciante (na prática, o juiz nomeia desde logo um dativo – advogado).

1.5.1. Substituição e destituição do síndico

A substituição tem por objetivo propiciar o regular andamento do processo falimentar. A substituição não tem caráter de sanção, pena.

A destituição tem caráter sancionatório. O síndico será destituído em três situações:

- se exceder os prazos marcados;
- se pleitear interesses contrários aos da massa falida;
- se infringir os deveres que lhe são impostos.

Causando prejuízo à massa, o síndico pode ser individualmente responsável. A massa falida pode ingressar com ação, visando responsabilizar o síndico destituído.

A destituição do síndico pode ser requerida:

- por qualquer credor;
- pelo Ministério Público;
- pelo juiz, de ofício.

2. FASE FALIMENTAR

2.1. Fase Cognitiva

2.1.1. Procedimento de verificação de créditos

Tem início a partir do momento em que o síndico expede uma circular, convocando os credores a habilitarem os seus créditos.

Declarados os créditos, o síndico deverá entregar em cartório, no prazo de cinco dias, as habilitações (de crédito) em seu poder, devidamente acompanhadas de:

- seu parecer;
- informações do falido;
- extrato da conta de cada credor;
- relação de credores do falido.

Abre-se, então, novo prazo de cinco dias, no qual os credores poderão impugnar créditos declarados.

Podem impugnar crédito declarado:

- qualquer credor;
- sócio da sociedade falida;
- síndico;

- falido.

Para cada crédito impugnado, forma-se um auto de impugnação de crédito distinto.

Uma vez decorrido o prazo para impugnação, abre-se novo prazo de três dias, no qual o credor que teve seu crédito impugnado poderá contestar a impugnação.

Na sequência, abre-se prazo de cinco dias para que o Ministério Público dê o seu parecer. O *parquet* impugna créditos absurdos, inverídicos.

Por fim, os autos são conclusos ao juiz da falência. Teremos, então, duas situações:

- *em relação aos créditos não impugnados ou impugnados, mas que independem de maior produção de provas*: o juiz imediatamente profere sentença que admite ou exclui o crédito da falência;
- *em relação aos créditos impugnados que exigem maior produção de provas*: o juiz poderá marcar uma audiência de verificação de créditos (perícia, oitiva de testemunha, provas etc.).

Uma vez decididos todos os créditos, deverá o síndico organizar o quadro geral de credores (visão global do passivo).

O quadro geral dos credores deve ser publicado, sendo que, a partir de então, começa a fluir o prazo de apelação contra sentença que admitiu ou excluiu o crédito na falência (termo inicial do recurso – publicação do quadro geral de credores).

Só podem ser atacados pelo recurso de apelação os créditos que foram oportunamente impugnados.

Observações importantes:

- *Habilitação retardatária* – tem dois efeitos relevantes:
  - o juiz determinará intimação pessoal do falido e do síndico, bem como uma publicação de aviso acerca da habilitação intempestiva, para conhecimento dos interessados;
  - o credor retardatário não participará dos rateios eventualmente já realizados.
- *Rescisão da sentença proferida em habilitação de créditos* – (art. 99 da LF). Contra essa sentença cabe ação rescisória. As hipóteses estão no art. 99 da Lei de Falências.
- *Habilitação de apenas um credor* – não extingue o processo falimentar. Ele continua a tramitar, todavia, seguindo o rito simplificado, previsto no art. 200 da Lei de Falência. O que caracteriza o processo falimentar é a insolvência. Por isso, mesmo que haja apenas um credor, deve haver o processo.

2.2. Inquérito Judicial

Tem a mesma natureza do inquérito policial. Objetiva reunir elementos para embasar uma eventual denúncia pela prática de crime falimentar. Tramita no Juízo da falência.

2.2.1. Procedimento do inquérito judicial

Começa com a exposição do síndico (art. 103 da Lei de Falências).

A exposição é uma análise do síndico acerca da conduta do falido, em que aquele conclui se há ou não indício de prática de crime falimentar.

Alguns autores falam em relatório, ao invés de exposição.

Após a exposição, abre-se o prazo de cinco dias, no qual os credores poderão manifestar-se, levando ao conhecimento do Juízo fatos que conheçam, ou provas que possuam.

Na sequência, abre-se o prazo de três dias para manifestação do Ministério Público.

Em seguida, abre-se novo prazo de cinco dias, em que o falido poderá contestar. A ausência da contestação não anula o inquérito, uma vez que não se fala em contraditório no inquérito. Não se fala em citação (não é ação). Os prazos são contínuos.

Depois, os autos serão remetidos ao Ministério Público.

Ao receber os autos, o *parquet* poderá oferecer denúncia pela prática de crime falimentar ou requerer o apensamento do inquérito nos autos da falência (corresponde ao arquivamento).

Em seguida os autos são conclusos ao juiz, que poderá:

- Havendo denúncia ou queixa subsidiária, determinar o processamento de ação penal (se entender que é o caso). Essa ação penal tramita no Juízo criminal. No Estado de São Paulo, essa ação tramita no Juízo Cível (Juízo universal da falência) – Lei judiciária de SP.

- Não havendo denúncia nem queixa subsidiária, o juiz, se entender que não é o caso de ação penal, exara um despacho determinando o apensamento junto aos autos de falência.
- Se não houver denúncia ou queixa subsidiária, mas o juiz entender que é o caso, determinará a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça (art. 28 do CPP).

2.2.2. Últimas observações sobre a fase cognitiva

Diz a lei, que nos cinco dias seguintes, a contar da publicação do quadro geral de credores ou do despacho que encerra o inquérito judicial (o que ocorrer por último), deverá o síndico apresentar o relatório de que trata o art. 63, inc. XIX, da Lei de Falências. Esse relatório conterá o resumo do que aconteceu na etapa cognitiva.

Nos cinco dias seguintes ao término do prazo para apresentação desse relatório, poderá o falido pedir concordata suspensiva.

Caso o síndico não apresente o relatório, o falido poderá pedir a concordata suspensiva nesse prazo.

Se o falido não a pedir nesse prazo ou se pedir e tiver o pedido denegado, nas quarenta e oito horas seguintes será publicado o aviso de que trata o art. 114 da Lei de Falências. O aviso é a comunicação aos interessados que vai ser dado início à liquidação da falência.

2.3. Etapa da Liquidação – Etapa Executiva

O objetivo é a realização do ativo e o pagamento do passivo – venda dos

bens e pagamento em favor dos credores.

2.3.1. Formas de realização do ativo

As formas em que o ativo pode ser vendido são:

- Leilão
- Propostas

A escolha cabe ao síndico, que pode ainda optar pela venda dos bens separada ou conjuntamente. Ele escolherá, levando em conta o melhor aproveitamento econômico possível. Exceções:

- *Art. 122 da Lei de Falências*: credores que representem no mínimo ¼ dos créditos admitidos poderão requerer ao juiz a convocação de uma assembléia de credores com o objetivo de deliberar a forma de se realizar o ativo.

- *Art. 123 da Lei de Falências*: credores que perfaçam no mínimo 2/3 dos créditos admitidos poderão optar por qualquer forma de realização do ativo, independentemente de assembléia de credores. Esses 2/3 poderão, além de optar pelo leilão ou pela proposta, determinar a venda em bloco a um terceiro pré-determinado, desde que observado o valor mínimo da avaliação dos bens, para que não ocorra fraude. Os 2/3 podem, ainda, optar pela constituição de uma sociedade, com o objetivo de dar continuidade aos negócios do falido.

Leilão: ***Peculiaridades:***

- No leilão de que trata a Lei de Falências, são alienados tanto os bens móveis quanto os imóveis.
- No leilão de que trata a Lei de Falências, é obrigatória a participação do representante do Ministério Público, sob pena de nulidade.
- No leilão de que trata a Lei de Falências, os bens poderão ser arrematados pelo maior lance, ainda que não se alcance o valor da avaliação.

2.3.2. Pagamento do passivo

Classificação dos créditos na falência.

Será respeitada uma ordem de preferência:

1.º – Credores trabalhistas

- equiparam-se aos dos trabalhistas os créditos em favor daqueles que prestam serviços para a massa falida (todos os que contribuíram para a massa falida: síndico, advogados, perito). Súmula n. 219 do Superior Tribunal de Justiça;
- também recebem como credores trabalhistas os representantes comerciais, em caso de falência do representado;
- se existir crédito decorrente de acidente do trabalho, esse deve ser quitado antes do pagamento dos credores trabalhistas. Essa posição não é pacífica.

2.º – Credores fiscais

- União
- Estadose DF
- Municípios

3.º – Encargos da massa

Art. 124, § 1.º, da Lei de Falências.

4.º – Dívidas da massa

Art. 124, § 2.º, da Lei de Falências.

5.º –Créditos com garantia real

Se o bem em garantia precisar ser utilizado para pagamento dos credores preferidos ao credor com garantia real, vende-se o bem e esse credor passa a ser quirografário.

6.º – Créditos com privilégio especial

Art. 102, § 2.º, da Lei de Falências; Art. 1.565 do CC.

7.º – Créditos com privilégio geral

Art. 102, § 3º, e art. 1.569 do CC.

8.º – Créditos quirografários

Não tem garantia, nem privilégio.

9.º – Credores subquirografários

Após o pagamento de todos os credores, se sobrar algum bem no "acervo", esse será dividido entre sócios, acionistas.

Uma vez vendidos os bens e pagos os credores, quando possível, deverá o síndico apresentar a sua prestação de contas, nos termos do art. 69 da Lei de Falências. Essa prestação de contas pode ser impugnada e, ao final, decidida por sentença, contra a qual cabe recurso de apelação.

Transitada em julgado a decisão de prestação de contas, deverá o síndico, nos vinte dias seguintes, apresentar o seu relatório final, previsto no art. 131, da Lei de Falências. Esse relatório pode ser entendido como um grande balanço do que ocorreu na etapa executiva. Deve apresentar o valor do ativo, do passivo e dos pagamentos efetuados, e indicar os créditos que remanescem contra o falido.

Caso o síndico deixe de apresentar esse relatório, ele deverá ser destituído, passando essa responsabilidade ao Ministério Público.

Uma vez apresentado esse relatório, o juiz profere sentença encerrando o processo falimentar.

Encerrada a falência, os credores não pagos poderão cobrar seus créditos diretamente do falido, até serem extintas suas obrigações.

3. FASE PÓS-FALIMENTAR

O objetivo dessa fase é a reabilitação do falido por meio da extinção de suas obrigações, por sentença. Para isso, o falido deve preencher alguns requisitos:

- pagamento ou novação, desde que, nessa 2.ª hipótese, com garantia real (pode ser prestada por terceiro);
- depois de realizado todo o ativo, rateio de no mínimo 40% do devido aos quirografários;
- decurso do prazo de cinco anos, a contar do encerramento da falência, caso não haja condenação pela prática de crime falimentar. Havendo crime falimentar, o prazo será de 10 anos.

MÓDULO XIII

DIREITO COMERCIAL

Praça Almeida Júnior, 72 – Liberdade – São Paulo – SP – CEP 01510-010
Tel.: (11) 3346.4600 – Fax: (11) 3277.8834 – www.damasio.com.br

DIREITO COMERCIAL

1. EFEITOS DA SENTENÇA DECLARATÓRIA DA FALÊNCIA EM RELAÇÃO À PESSOA DO FALIDO

O falido não se torna incapaz, nem sequer relativamente incapaz com a declaração de falência, pois esta não atinge sua capacidade civil. Traz, todavia, algumas limitações no que se refere a alguns de seus direitos (no que diz respeito à falência).

As restrições são:

- O falido tem restrito o direito ao exercício de atividade profissional, uma vez que não pode exercer atividade comercial.
- O falido não poderá ausentar-se do local (Comarca) em que tramita o processo, sem prévia autorização judicial.
- O falido tem suspenso o direito ao sigilo na correspondência (arts. 15, § 2.º e 63, II, da Lei de Falência). Há quem sustente que esta norma é inconstitucional.

1.1. Obrigação do Falido (art. 34, Dec.-lei n. 7.661/45)

- Deverá assinar termo de comparecimento, bem como entregar seus livros comerciais em Cartório.
- Deve manifestar-se sobre as declarações de crédito.

- Prestar todas as informações solicitadas pelas partes atuantes no processo, como o Juiz, credor, MP, síndico etc.
- Assistir ao levantamento e à verificação do balanço e exame dos livros.
- Examinar e dar parecer sobre as contas do síndico.

O falido pode ser remunerado pela massa para cumprimento de suas obrigações, desde que seja uma módica remuneração.

Caso o falido não cumpra com suas obrigações, poderá ter sua prisão administrativa decretada, que não poderá exceder a 60 (sessenta) dias (não se trata de prisão por dívidas, mas pelo descumprimento de obrigação).

Contra o despacho que determina a prisão cabe o recurso de Agravo.

2. EFEITOS DA SENTENÇA DECLARATÓRIA DA FALÊNCIA EM RELAÇÃO AOS BENS DO FALIDO

Uma vez declarada a falência, o síndico procederá à arrecadação dos bens do falido.

Na falência, arrecadam-se todos os bens de propriedade do falido, ainda que não estejam em sua posse, bem como todos os bens em sua posse, mesmo que não sejam de sua propriedade.

A arrecadação deve ser acompanhada pelo representante do MP. Não são arrecadáveis os seguintes bens:

- os absolutamente impenhoráveis, incluindo-se os bens de família (Lei n. 8.009/90) *Atenção*: os bens utilizados para desenvolvimento de atividade profissional, embora impenhoráveis, poderão ser objeto de arrecadação;
- os bens protegidos pela meação do cônjuge (Lei n. 4.121/62);
- os gravados com cláusula de inalienabilidade.

2.1. Mecanismos que Possibilitam a Devolução dos Bens Arrecadados

a) Pedido de restituição

Está previsto no art. 76 da Lei de Falência e poderá ser feito sob dois fundamentos distintos, a saber:

- art. 76, *caput*: permite a restituição com base em direito real ou contrato;
- art. 76, § 2.º: permite a restituição de mercadorias vendidas a prazo e entregues ao falido nos 15 dias anteriores ao requerimento da falência. O prazo de 15 dias é contado a partir da entrega da coisa e não de sua remessa – Súmula n. 193, STF (a não ser que ela já tenha sido vendida pela massa).

Situações Específicas:

- cabe pedido de restituição de bem alienado fiduciariamente em garantia.

  Dispõe o Dec. n. 911/69 que falido o devedor fiduciante, poderá o credor fiduciário pedir a restituição do bem, sem precisar habilitar seu crédito.

- a Súmula n. 417 do STF permite a restituição de dinheiro em poder do falido, por este recebido em nome de outrem. Exs.:

  – o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) pode pedir a restituição de garantias (dinheiro) já descontadas da folha de pagamento dos empregados do falido e ainda não recolhidas (neste caso, o INSS não precisa executar e nem habilitar o seu crédito).

  – -cabe a restituição de garantia entregue ao falido por conta de Adiantamento sobre Contrato de Câmbio (ACC).

Contrato de câmbio: é o contrato feito entre dois países (contrato de compra e venda). Ex.: se o Brasil comprar dos EUA, terá que trocar o real pelo dólar. Se os EUA comprar do Brasil, vice-versa.

Se o banco adiantar o valor do contrato celebrado entre as duas partes (contrato de câmbio) e o exportador falir, o banco poderá pedir a restituição dessa quantia. Se o importador não pagar, o prejuízo será da massa.

O pedido de restituição é autuado em separado no juízo da falência, decidido por sentença, contra a qual cabe recurso de apelação.

O MP também tem legitimidade recursal, apesar de a lei não ser expressa.

b) Embargos de terceiro - art. 79 da Lei de Falências

O art. 79 nos remete aos arts. 1.046 a 1.054 do CPC.

Trata-se de uma opção. O falido pode escolher entre o pedido de restituição e os embargos de terceiro. Estes comportam liminar, o pedido de restituição não. A condição para os dois é que os bens tenham sido arrecadados.

3. EFEITOS DA FALÊNCIA EM RELAÇÃO AOS ATOS DO FALIDO

Certos atos do falido praticados antes da falência podem não gerar eficácia em relação à massa falida.

- art. 52, LF: o legislador enumera uma série de atos e diz que serão ineficazes, independentemente da constatação de fraude, basta a mera prática do ato. Trata-se de ineficácia absoluta.
- art. 53, LF: condiciona a ineficácia à caracterização da fraude, mas não relaciona atos. Trata-se da ineficácia subjetiva.

3.1. Ineficácia Objetiva

- pagamento de dívida não vencida durante o termo legal da falência por qualquer forma de extinção de obrigação, incluindo-se aquela originalmente pactuada entre as partes.

Termo legal da falência: período suspeito (período de até 60 dias contados retroativamente à data do primeiro protesto do despacho ao requerimento inicial da falência, ou da distribuição do pedido de concordata preventiva, art. 14, par. ún., III, LF).

O síndico poderá retomar essa garantia em favor da massa.

- o pagamento de dívida vencida durante o termo legal da falência por qualquer forma de extinção de obrigação distinta da originalmente pactuada. Ex.: falido assumiu a obrigação de pagar determinada quantia em dinheiro, mas pactua dação em pagamento.

O bem dado em pagamento volta à massa falida (esses atos não são nulos, são ineficazes).

A compensação, apesar de ser forma distinta da contratada, é admitida.

- constituição de uma garantia real em relação a uma obrigação anteriormente pactuada, durante o termo legal da falência.

A lei quis evitar que o crédito quirografário seja transformado em crédito com garantia real durante o período suspeito.

- atos praticados a título gratuito nos dois anos anteriores à quebra, independentemente da caracterização de fraude.

Bonificações, gratificações a empregados não são considerados fraude, desde que proporcionais.

Doações com valores irrisórios não são consideradas ineficazes, Ex.: doação de agendas.

- alienação de estabelecimento comercial, sem anuência prévia dos credores, à época existente.

Se o credor possui outros bens que o mantêm solvente, para vender o fundo de comércio não precisará pedir anuência aos credores.

- também é ato ineficaz reembolso pago a acionista dissidente em S/A, desde que:

- tenha ocorrido a conta do capital social;

- o dissidente não tenha sido substituído.

3.2. Ineficácia Subjetiva

Nos termos do art. 53 da Lei de Falências, é ineficaz todo e qualquer ato praticado pelo falido com a intenção de prejudicar credores.

Pode ser qualquer ato, desde que caracterizada a fraude.

O art. 53 fala em revogabilidade, que consiste em ineficácia do ato.

O ato somente é declarado ineficaz pelo Juiz. Para isso, é necessária a propositura de ação revocatória.

3.3. Ação Revocatória

Deve ser proposta pelo síndico nos 30 dias seguintes ao início da liquidação, que tem início com a publicação do aviso do art. 114 da Lei de Falências.

Decorridos os 30 dias, além do síndico, qualquer credor poderá propor a ação revocatória até o prazo máximo de 1 (um) ano a contar da liquidação, quando então se operará a decadência desse direito.

Essa ação é proposta em face de todos aqueles que foram pagos, garantidos os beneficiados.

Tramita pelo juízo da falência em rito ordinário e é decidida por sentença, contra a qual cabe recurso de apelação.

Os efeitos em que esse recurso é recebido varia. Se o fundamento da revocatória é o art. 52 da Lei de Falências, será recebida no efeito devolutivo. Se o fundamento é o art. 53 da supra citada lei, será recebida nos efeitos devolutivo e suspensivo.

4. EFEITOS DA SENTENÇA DECLARATÓRIA DA FALÊNCIA EM RELAÇÃO AOS CONTRATOS DO FALIDO

4.1. Regra Geral Aplicada aos Contratos Bilaterais

O art. 43 da Lei de Falências dispõe que os contratos bilaterais não se resolvem com a falência e podem ser executados pelo síndico, se este considerá-los de interesse da massa.

O contrato se resolve com ou sem o cumprimento das obrigações. O não cumprimento das obrigações pode ocorrer:

- *sem culpa*: decorrente de caso fortuito ou força maior. A resolução é involuntária. A parte não se obriga a pagar indenização;
- *com culpa*: a resolução é voluntária. A parte deve indenizar (ex.: mora da obrigação).

Os contratos bilaterais não sofrem qualquer efeito com a falência. Mesmo com o término desta, as obrigações devem ser cumpridas. A falência não resolve o contrato.

Se o síndico decide extinguir o contrato, a resolução será voluntária e o terceiro contratante terá direito à indenização.

A Lei de Falências diz que, declarada a falência, o terceiro contratante poderá notificar o síndico para que este, em cinco dias, declare se cumprirá ou não o contrato. Decorrido esse prazo e sem manifestação, o contrato será considerado resolvido (art. 43, par. ún., LF).

4.2. Regra Aplicada aos Contratos Unilaterais

Os contratos unilaterais em que o falido é credor não vencem, não se resolvem com a declaração da falência, permanecem intactos.

Os contratos unilaterais em que o falido é devedor vencem com a declaração da falência (art. 25 da LF).

A multa contratual só poderá ser cobrada na falência se a sua exigibilidade antecede à quebra. Trata-se de indenização fixada entre as partes caso uma delas não cumpra a obrigação.

4.3. Regras Específicas Aplicáveis a Determinadas Situações Contratuais (Art. 44 da Lei de Falências)

- Inc. I – o vendedor de mercadoria tem o direito de obstar a sua entrega quando tem conhecimento da falência do comprador, desde que presentes duas condições:
  - que as mercadorias não tenham sido pagas;
  - que não se tenha verificado a tradição simbólica ou documental.
- Inc. VI – contrato de promessa de compra e venda de imóvel:
  - se a falência for do promitente vendedor, o síndico não poderá resolver o contrato, devendo dar-lhe cumprimento;
  - se a falência for do promitente comprador, os direitos serão arrecadados e alienados pela massa falida.
- Inc. VII – aplicável a contrato de locação com direito à revocatória:
  - o despejo por falta de pagamento apenas poderá ser decretado se o atraso for superior a dois meses e se o síndico, depois de intimado, deixar de purgar a mora em 10 dias.

4.4. Observações Finais

É válida a cláusula que prevê a rescisão de contrato em caso de falência. Trata-se de cláusula resolutiva expressa.

Contratos de trabalho não se resolvem com a falência. Ex.: se o síndico demitir o empregado sem justa causa, este pode reclamar as verbas indenizatórias pertinentes.

5. EFEITOS DA SENTENÇA DECLARATÓRIA DA FALÊNCIA EM RELAÇÃO AOS CREDORES DO FALIDO

5.1. Créditos Não Reclamáveis na Falência

- Créditos por obrigações, a título gratuito – o donatário não pode cobrar o crédito na falência do doador.
- Prestações alimentícias – são reclamadas diretamente contra o falido.
- Créditos por despesas individualmente feitas pelos credores para o ingresso na massa. Exceção: as despesas incorridas por aquele que requereu a falência (são reclamáveis como dívidas da massa).
- Multas fiscais impostas pelas Fazendas Estaduais e Municipais. Súmulas n. 191, 192, 565 do STF.

As multas fiscais impostas pela Fazenda Nacional são reclamáveis como encargo da massa, nos termos do Dec. n. 1.893/81.

6. EFEITOS DA SENTENÇA DECLARATÓRIA DA FALÊNCIA EM RELAÇÃO AOS CREDORES

6.1. Formação da Massa Falida Subjetiva

A massa falida pode ser objetiva (compreende o conjunto de bens arrecadados) ou subjetiva (consubstancia-se na comunhão de interesses dos credores).

6.2. Suspensão das Ações Individuais dos Credores contra o Falido

Os credores habilitam seus créditos na massa falida. Se o falido já estava sendo executado, suspende-se a execução.

Exceções ao Juízo Universal da falência. Ações que não se suspendem e não são atraídas ao juízo falimentar:

- Reclamações trabalhistas – porém, no momento da execução, o crédito deve ser reclamado junto à massa falida, com preferência. O crédito trabalhista não poderá ser impugnado na falência.

O credor trabalhista não precisa propor reclamação trabalhista, pode diretamente reclamar seu crédito na falência, desde que não haja discussão sobre sua existência.

O credor trabalhista pode ingressar com reserva de bens na falência se o seu crédito não foi ainda decidido pela justiça especializada.

- Execuções fiscais – o CTN dispõe que o Fisco não habilita o crédito na falência.

A penhora dos bens recai sobre o rosto dos autos da falência, caso a execução fiscal esteja em andamento. Se inexistir execução fiscal, o Fisco notificará o síndico para que pague; se não pagar, ingressa-se com a execução.

Se, à época da declaração da falência, já existia execução fiscal com penhora, não poderá ser desrespeitada a ordem de classificação dos créditos da falência – o Fisco não poderá ser pago antes do credor trabalhista.

- Execuções individuais com hasta já realizada ou designada.

6.2.1. Não se suspendem, mas são atraídos ao juízo falimentar:

Ações que versam sobre quantia ilíquida, prestação ou abstenção de fato. Ex.: ação de indenização em andamento terá sua tramitação normal, mas passará a ser decidida pelo juízo universal da falência (que tem aptidão atrativa).

6.2.2. Regras em que a massa é pólo ativo

Seja como autora ou litisconsorte, estas não se suspendem, nem são atraídas ao juízo falimentar. Ex.: falido é autor da ação de indenização. A ação prossegue, mas o pólo ativo passa a ser ocupado pela massa falida representada pelo síndico.

6.3. Vencimento Antecipado dos Créditos contra o Falido

Os créditos vencem antecipadamente, art. 25 da Lei de Falência.

6.4. Suspensão da Fluência de Juros

Contra a massa não correm juros. Estes constituem remuneração pela disponibilização de capital; limitam-se a 12% ao ano (essa limitação decorre da Lei de Usura).

A Súmula n. 596 do STF dispõe que às instituições financeiras não se aplica o limite de 12%.

Juros não se confundem com correção monetária, que é a reposição do valor de compra da moeda desgastado pelos efeitos inflacionários.

Contra a massa não correm juros, mas corre correção monetária. Exceções em que os juros são computados:

- em favor do credor com garantia real se o bem suportar (o pagamento de principal mais juros);
- em favor do credor fiscal.

MÓDULO XIV

DIREITO COMERCIAL
Concordata

Praça Almeida Júnior, 72 – Liberdade – São Paulo – SP – CEP 01510-010
Tel.: (11) 3346.4600 – Fax: (11) 3277.8834 – www.damasio.com.br

DIREITO COMERCIAL

Concordata

1. CONCEITO

É um favor legal, consistente na remissão parcial – ou na dilação no vencimento – de certas obrigações devidas pelo comerciante.

A remissão parcial consiste na redução dos débitos, e a dilação do vencimento, na prorrogação do mesmo.

2. OBJETIVO

O objetivo da concordata é resguardar o comerciante das conseqüências de uma falência, seja evitando a sua declaração, seja suspendendo os seus efeitos.

3. ESPÉCIES DE CONCORDATA

3.1. Preventiva

Ocorre quando o objetivo for o de impedir a declaração de falência.

3.2. Suspensiva

Ocorre quando o objetivo for o de suspender os efeitos da falência já declarada.

4. PAGAMENTO DA CONCORDATA

O requerente deve formular aos credores quirografários uma proposta de pagamento,que poderá ser para:

- pagamento, à vista, de 50% do valor devido – concordata remissória (há perdão parcial da dívida);
- pagamento, em 6 meses, de 60% do valor devido – concordata mista (há dilação do prazo e perdão parcial da dívida);
- pagamento, em 12 meses, de 75% do valor devido – concordata mista;
- pagamento, em 18 meses, de 90% do valor devido – concordata mista;
- pagamento, em 24 meses, de 100% do valor devido – concordata dilatória (há apenas prorrogação do prazo de pagamento).

5. LEGITIMIDADE PARA PEDIR CONCORDATA

Apenas o comerciante pode pedir concordata. Exceções (não podem pedir concordata):

- as instituições financeiras em geral;
- as sociedades seguradoras;
- as empresas que exploram serviços aéreos e de infra-estrutura aéreo portuária.

6. ADMINISTRAÇÃO DOS BENS DO CONCORDATÁRIO

O concordatário continua com a posse e administração dos seus bens, que serão fiscalizados pelo comissário. Não poderá, porém:

- alienar bens imóveis sem prévia autorização judicial;
- alienar fundo de comércio (é o conjunto dos bens corpóreos e incorpóreos para o desenvolvimento da atividade econômica) sem prévia e expressa anuência dos credores.

Praticados esses atos, a concordata poderá ser rescindida com conseqüente declaração de falência do concordatário. Se rescindida a concordata, o ato praticado será considerado ineficaz. Exemplificando: a venda

de imóvel ou de fundo de comércio será ineficaz e os mesmos voltarão à massa falida. O adquirente deverá habilitar o seu crédito na falência.

7. CRÉDITOS SUJEITOS AOS EFEITOS DA CONCORDATA

Apenas os créditos pertencentes aos credores quirografários se submetem aos efeitos da concordata, pois os credores com preferência – trabalhista, tributária, com garantia real, com privilégio geral ou especial – podem executar os seus créditos normalmente.

Também não se submetem à concordata os credores quirografários cujos créditos se deram após a impetração da concordata.

A concordata não implica novação das obrigações devidas pelos concordatários. Assim, remanesce a obrigação do fiador, se houver. Persistem as obrigações principais e acessórias.

8. CONDIÇÕES PARA O DEFERIMENTO DA CONCORDATA

a) Regularidade no exercício do comércio. Entende-se:

- que os comerciantes tenham seus atos constitutivos arquivados na Junta Comercial;

- que os comerciantes tenham seus livros comerciais regularmente escriturados.

Especificamente para a concordata preventiva, essa regularidade deve se verificar em, no mínimo, 2 anos.

b) No sistema da Lei Falimentar (arts. 8.º e 140, inc. II):

- o comerciante com título vencido há menos de 30 dias – e não protestado – tem direito à concordata preventiva;
- o comerciante com título vencido há 30 dias deve requerer a autofalência e, posteriormente, a concordata suspensiva;
- o comerciante com título protestado, cuja falência foi requerida antes dos 30 dias do vencimento, tem direito à concordata suspensiva.

A Súmula n. 190 do Supremo Tribunal Federal, entretanto, possibilita ao comerciante o acesso à concordata preventiva mesmo que tenha título vencido há mais de 30 dias, desde que não protestado, independentemente de pedido de autofalência.

A jurisprudência tem ainda aceitado os pedidos de concordatas preventivas, apesar da verificação de protestos, mas com a condição de que sejam em pequeno número, o que será analisado em cada caso concreto.

As condições “a” e “b”, acima tratadas, não precisam ser atendidas pelo comerciante individual cujo passivo quirografário seja inferior a 100 vezes o salário-mínimo vigente (art. 141, *caput*, “i”, LF).

c) Não ter sido condenado, o requerente, pela prática dos crimes do art. 140, inc. III, da Lei de Falência. São crimes falimentares e contra o patrimônio.

d) Não ter o requerente impetrado concordata nos 5 anos anteriores.

e) Ter cumprido todas as concordatas anteriormente requeridas (anteriores aos 5 anos).

f) Requisito necessário apenas para a concordata preventiva: o requerente deve comprovar que o ativo corresponde a, no mínimo, 50% do passivo quirografário, sem o que a concordata deverá ser denegada com a imediata declaração da falência.

O Supremo já definiu que a inexistência de dívida fiscal não é uma condição para a concessão da concordata, mas tão-somente uma condição para o cumprimento do favor legal.

9. RECURSO

Contra a sentença concessiva ou de denegação da concordata cabe o recurso de Agravo.

DIREITO COMERCIAL

Crimes Falimentares

Arts. 186 a 199 da Lei de Falência

1. PRESSUPOSTOS DO CRIME FALIMENTAR

- Existência de devedor comerciante.
- Existência de sentença declaratória de falência.
- Ocorrência de algum fato previsto nos arts. 186, 187 e 188 da Lei de Falência. São eles:

"Art.186. Será punido o devedor com detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, quando concorrer com a falência algum dos seguintes fatos:

I – gastos pessoais, ou de família, manifestamente excessivos em relação ao seu cabedal;

II – despesas gerais do negócios ou da empresa injustificáveis, por sua natureza ou vulto, em relação ao capital, ao gênero do negócio, ao movimento das operações e a outras circunstâncias análogas;

III – emprego de meios ruinosos para obter recursos e retardar a declaração da falência, como vendas, nos 6 (seis) meses a ela anteriores, por menos do preço corrente, ou a sucessiva reforma de títulos de crédito;

IV – abuso de responsabilidade de mero favor;

V – prejuízos vultosos em operações arriscadas, inclusive jogos de Bolsa;

VI – inexistência dos livros obrigatórios ou sua escrituração atrasada, lacunosa, defeituosa ou confusa;

VII – falta de apresentação do balanço, dentro de 60 (sessenta) dias após a data fixada para o seu encerramento, ou sem a rubrica do juiz sob cuja jurisdição estiver o seu estabelecimento principal.

Parágrafo único. Fica isento da pena, nos casos dos incs. VI e VII desse artigo, o devedor que, a critério do juiz da falência, tiver instrução insuficiente e explorar comércio exíguo”.

“Art. 187. Será punido com reclusão, por 1 (um) a 4 (quatro) anos, o devedor que, com o fim de criar ou assegurar injusta vantagem para si ou para outrem, praticar, antes ou depois da falência, algum ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores.”

“Art. 188. Será punido o devedor com a mesma pena do artigo antecedente, quando com a falência concorrer algum dos seguintes fatos:

I – simulação de capital para obtenção de maior crédito;

II – pagamento antecipado de uns credores em prejuízo de outros;

III – desvio de bens, inclusive para compra em nome de terceira pessoa, ainda que cônjuge ou parente;

IV – simulação de despesas, de dívidas ativas ou passivas e de perdas;

V – perdas avultadas em operações de puro acaso, como jogos de qualquer espécie;

VI – falsificação material, no todo ou em parte, da escrituração obrigatória ou não, ou alteração da escrituração verdadeira;

VII – omissão, na escrituração obrigatória ou não, de lançamento que dela devia constar, ou lançamento falso ou diverso do que nela devia ser feito;

VIII – destruição, inutilização ou supressão, total ou parcial, dos livros obrigatórios;

IX – ser o falido leiloeiro ou corretor."

A sentença declaratória da falência é a condição de punibilidade do crime falimentar.

2. CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES FALIMENTARES

2.1. Ante-falimentares

São aqueles cuja conduta se verifica antes da sentença declaratória de falência. Exemplo: art. 186, incs. I, II e III .

2.2. Pós-falimentares

Trata-se de crimes cuja conduta se verifica após a sentença declaratória da falência. Exemplo: art. 189, incs. II. IV; art. 187.

Observação 1:

Se o comerciante delega a terceiros, por exemplo a seu contador, a obrigatoriedade de escriturar seus livros, há crime falimentar?

Temos duas posições:

- 1.ª corrente: não há crime falimentar, porque o falido não pode ser responsabilizado, já que delegou essa responsabilidade a terceiro;
- 2.ª corrente: há crime falimentar, com o fundamento de que há culpa *in vigilando* e *in eligendo*. Sendo assim, o falido é responsável.

Observação 2:

Os arts. 189, 190 e 191 ampliam a capacidade ativa para fins de responsabilidade criminal falimentar.

"Art. 189. Será punido com reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos:

I – qualquer pessoa, inclusive o falido, que ocultar ou desviar bens da massa;

II – quem quer que, por si ou interposta pessoa, ou por procurador, apresentar, na falência ou na concordata preventiva, declarações ou reclamações falsas, ou juntar a elas títulos falsos ou simulados;

III – o devedor que reconhecer, como verdadeiros, créditos falsos ou simulados;

IV – o síndico que der informações, pareceres ou extratos dos livros do falido inexatos ou falsos, ou que apresentar exposição ou relatórios contrários à verdade.”

“Art. 190. Será punido com detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, o juiz, o representante do Ministério Público, o síndico, o perito, o avaliador, o escrivão, o oficial de justiça ou o leiloeiro que, direta ou indiretamente adquirir bens da massa, ou, em relação a eles, entrar em alguma especulação de lucro.”

“Art. 191. Na falência das sociedades, os seus diretores, administradores, gerentes ou liquidantes são equiparados ao devedor ou falido, para todos os efeitos penais previstos nesta Lei.”

3. PRESCRIÇÃO DO CRIME FALIMENTAR

A regra é que se opera a prescrição do crime falimentar em dois anos, contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência (art. 199, par. ún., da Lei de Falência).

Dispõe a Súmula n. 147 do STF: “A prescrição do crime falimentar começa a correr da data em que deveria estar encerrada a falência, ou do

trânsito em julgado da sentença que a encerrar ou que julgar cumprida a concordata”.

A data que vai ser usada é a que ocorrer antes.

O art. 132, § 1.º, prevê que:

“Salvo caso de força maior, devidamente provado, o processo da falência deverá estar encerrado 2 (dois) anos depois do dia da declaração”.

É importante salientar também, os termos da Súmula n. 592 do STF, “Nos crimes falimentares aplicam-se as causas interruptivas da prescrição, previstas no Código Penal”.

4. INTERDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DO COMÉRCIO – ART. 195 DA LEI DE FALÊNCIA

“Art. 195. Constitui efeito da condenação por crime falimentar a interdição do exercício do comércio.”

Se for pena de detenção, o comerciante sofrerá interdição de 3 anos, mas se a pena for de reclusão, a interdição será de 5 anos.

A interdição não é pena acessória, é efeito da sentença penal condenatória.

DIREITO COMERCIAL

Títulos de Crédito

1. CONCEITO

Segundo Vivante, título de crédito é o documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado.

Desse famoso e prestigiado conceito é possível abstrair os requisitos essenciais dos títulos de crédito: cartularidade, literalidade e autonomia.

2. ATRIBUTOS DO TÍTULO DE CRÉDITO

2.1. Negociabilidade

O credor do título de crédito pode receber o valor nele mencionado antes da data do vencimento, uma vez que o título pode ser transferido por endosso e, se for ao portador (cheque com valor inferior a R$ 100,00), pela simples tradição.

2.2. Executividade

Os títulos de crédito, em geral, são títulos executivos extrajudiciais (art. 585 do CPC).

3. PRINCÍPIOS OU REQUISITOS ESSENCIAIS DOS TÍTULOS DE CRÉDITO

3.1. Da Cartularidade

O credor só pode exercer seu direito de crédito se estiver na posse da cártula do título.

A flexibilização desse princípio encontra-se nas duplicatas escriturais.

3.2. Da Literalidade

Este princípio dispõe que só vale em relação ao título de crédito o que nele estiver expressamente mencionado.

3.3. Da Autonomia

As obrigações constantes nos títulos de crédito não se vinculam à causa que as originou (são autônomas, portanto). Ex.: a obrigação de pagar uma nota

promissória não se vincula à causa que originou a sua emissão (forma de pagamento de compra e venda, pagamento de dívida bancária etc.).

4. REQUISITOS NÃO-ESSENCIAIS DOS TÍTULOS DE CRÉDITO

4.1. Da Abstração

Os títulos de crédito, em regra, são documentos abstratos, ou seja, não têm ligação com a relação jurídica subjacente que lhes deu origem. As duplicatas, entretanto, são títulos de crédito causais, uma vez que a legislação prevê expressamente as causas que permitem as suas emissões.

4.2. Da Inoponibilidade das Exceções aos Terceiros de Boa-fé

O devedor de título de crédito não pode deixar de cumprir sua obrigação de pagar ao credor de boa-fé, alegando como motivo exceções oponíveis a credores anteriores. Note-se, portanto, que não tendo circulado o título, o devedor poderá opor exceção de direito pessoal contra o credor.

DIREITO COMERCIAL

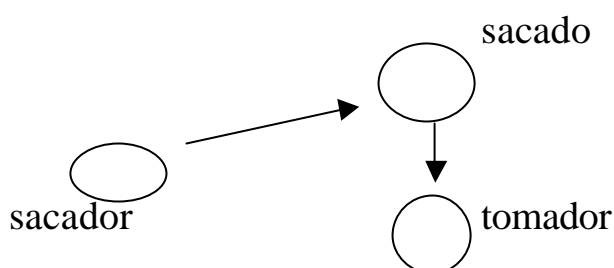
Letras de Câmbio – Dec. n. 2.044/1908 – Dec. n. 57.663/66

1. SAQUE

Saque é o ato cambiário a partir do qual um título de crédito é emitido.

O saque gera três situações jurídicas distintas:

- a do sacador, que dá ordem de pagar;
- a do destinatário de uma ordem de pagamento – sacado (é o devedor principal);
- a do beneficiário dessa ordem de pagamento – credor (tomador).

sacado

sacador tomador

1.1. Efeitos do Saque

São os seguintes os efeitos do saque:

- autoriza o tomador a, na data do vencimento, procurar o sacado (devedor) com o objetivo de receber o valor mencionado no título;
- o saque vincula o sacador ao pagamento do título como coobrigado.

2. ACEITE

Aceite é um ato cambiário mediante o qual o sacado concorda com o pagamento do valor mencionado na letra de câmbio.

Nada obriga o sacado a aceitar uma letra de câmbio. Ele aceita se quiser.

A recusa do aceite implica o vencimento antecipado do título e a obrigação de pagar do sacador.

2.1. Aceite Parcial

O aceite parcial pode ser:

- *limitativo*: o sacado concorda com o pagamento de apenas uma parte do valor mencionado no título;
- *modificativo:* o sacado altera alguma das condições de pagamento (ex.: modifica a data do vencimento).

O aceite parcial também implica o vencimento antecipado do título e a obrigação do sacador de pagar na forma do saque.

3. ENDOSSO

Endosso é o ato cambiário mediante o qual se opera a transferência do crédito, representado por um título de crédito a ordem.

Quem endossa a letra de câmbio é quem tem o crédito, ou seja, o tomador.

Não existem limites para o endosso nos títulos de crédito, exceto para o cheque, que só pode ser endossado uma vez.

3.1. Efeitos do Endosso

O endosso produz os seguintes efeitos:

- transfere o crédito mencionado no título;
- vincula o endossante ao pagamento do título na qualidade de coobrigado.

3.2. Espécies de Endosso

São quatro as espécies de endosso:

a) *Em preto*: identifica o endossatário.

b) *Em branco*: não identifica o endossatário (o beneficiário é quem está na posse do título).

A Lei n. 8.021/90 veda o pagamento de cambial a credor não identificado. Nesse sentido, o endosso até pode ser em branco, mas quando o endossatário for efetuar a cobrança, terá que se identificar; assim, o último endosso deve ser em preto.

c) *Impróprio*: permite a transferência da cártula, sem a transferência do crédito nela mencionado. Apresenta as seguintes modalidades:

- *Mandato:* o endossatário recebe o título de crédito apenas para efetuar a cobrança do valor nele mencionado e dar a respectiva quitação; após a cobrança, o endossatário deverá devolver o dinheiro ao endossante.
- *Caução:* o título é transferido ao endossatário como garantia por alguma obrigação assumida pelo endossante (é como se fosse um penhor recaindo sobre o título de crédito).

d) *Póstumo*: é aquele que se realiza após o protesto ou após o prazo para o mesmo. Ele gera os efeitos de uma cessão civil de créditos.

4. DIFERENÇAS ENTRE A TRANSFERÊNCIA DO CRÉDITO POR ENDOSSO E POR CESSÃO CIVIL

4.1. Transferência do Crédito por Endosso

O endossante, em regra, responde pela insolvência do devedor.

Vale o princípio da inoponibilidade das exceções aos terceiros de boa-fé, ou seja, não poderá o devedor deixar de efetuar o pagamento ao credor alegando fatores oponíveis ao endossante.

4.2. Transferência do Crédito por Cessão Civil

O cedente responde apenas pela veracidade do crédito.

É possível excluir a responsabilidade do endossante, mediante a cláusula *sem garantia*.

O devedor poderá opor ao cessionário as mesmas exceções oponíveis contra o cedente para não efetuar o pagamento.

5. AVAL

Aval é o ato cambiário mediante o qual uma determinada pessoa (avalista) garante o pagamento do valor mencionado em título de crédito, seja

em favor do devedor principal, seja em favor de algum coobrigado (que se denomina avalizado).

O avalista tem as mesmas responsabilidades do avalizado.

Questão interessante é saber se é admitido o aval antecipado, ou seja, o aval prestado em favor do sacado em uma letra de câmbio antes da data do aceite: a resposta é afirmativa. E o aval antecipado remanesce mesmo em caso de recusa do aceite por parte do sacado.

O aval também pode ser parcial, desde que este fato conste de forma expressa (princípio da cartularidade).

Por fim, o aval pode ser em preto, identificando o avalizado; ou em branco, não identificando o avalizado.

Se o aval em branco não identifica o avalizado, pela lei ele é prestado em favor do sacador, que é aquele que primeiro se obriga.

6. VENCIMENTO DA LETRA DE CÂMBIO

O vencimento é o ato cambiário mediante o qual surge a obrigação de pagar o valor mencionado no título.

6.1. Vencimento Extraordinário

O vencimento extraordinário surge quando ocorre alguma cláusula de antecipação da exigibilidade do pagamento do valor mencionado no título.

6.1.1. Espécies de vencimento extraordinário

São duas as espécies de vencimento extraordinário:

- em caso de recusa do aceite;
- em caso de falência do sacado.

6.2. Classificação da Letra de Câmbio quanto ao Vencimento

6.2.1. Modalidade de letra de câmbio à vista

É aquela cujo vencimento opera-se com a apresentação do título ao sacado.

6.2.2. Modalidade da letra de câmbio a certo termo da vista

É aquela cujo vencimento opera-se depois de decorrido um período de tempo, cuja contagem inicia-se a partir da data do aceite.

6.2.3. *Modalidade de letra de câmbio a certo termo da data*

É aquela cujo vencimento opera-se após decorrido um lapso temporal, cuja contagem inicia-se na data do saque.

6.2.4. *Modalidade de letra de câmbio em data certa*

É aquela em que o vencimento opera-se em diadeterminado no calendário.

7. PAGAMENTO DA LETRA DE CÂMBIO

O pagamento da letra de câmbio é o ato pelo qual se opera a extinção das obrigações assumidas a partir de um título de crédito.

8. NATUREZA DAS OBRIGAÇÕES DE PAGAR

8.1. *Querable* ou Quesível

Quando cabe ao credor a iniciativa de procurar o devedor com o objetivo de efetuar a cobrança do valor devido.

8.2. *Portable* ou Portável

Quando cabe ao devedor a iniciativa de procurar o credor com o objetivo de efetuar o pagamento devido

Como regra, a obrigação de pagar valores prestados representados por título de crédito é *quesível***.**

9. PROTESTO

Protesto é um ato notarial que visa documentar a ocorrência de algum fato que tenha relevância para as relações cambiais.

9.1. Modalidades

9.1.1. Protesto por falta de aceite

Ocorre quando o sacado recusa o aceite. Assim, surge a obrigação de pagar do sacador, e para isso tem que haver o protesto por falta de aceite. O protestado é o sacador.

9.1.2. *Protesto por falta de data de aceite*

No protesto por falta de data de aceite apenas são protestadas as letras de câmbio a certo termo da vista.

9.1.3. *Protesto por falta de pagamento*

A letra de câmbio, assim como a nota promissória, em caso de falta de pagamento, deve ser levada a protesto nos dois dias seguintes ao vencimento, sob pena de perda do direito de crédito em face dos coobrigados.

A doutrina entende que o protesto é necessário para que se exerça o direito de crédito em face de coobrigados, mas é facultativo em face do devedor principal.

9.2. Cláusulas sem Despesas ou sem Protesto

É possível a inserção no título de crédito de cláusulas sem despesas e sem protesto. Essa cláusula transforma o protesto necessário em facultativo.

10. PRESCRIÇÃO

As regras são encontradas no art. 70 do Dec. n. 57.663/66.

A prescrição será de três anos se se tratar de devedor principal e de um ano se se tratar de coobrigado. Caso se trate de direito de regresso, será de seis meses.

DIREITO COMERCIAL

1. NOTAS PROMISSÓRIAS

As notas promissórias estão reguladas pelo Decreto-lei n. 57.663/66.

Nota promissória é uma promessa de pagamento. O saque de uma nota promissória gera duas situações jurídicas:

- do emitente (devedor principal);
- do beneficiário.

1.1. Regras Aplicáveis

Aplicam-se às notas promissórias todas as regras aplicáveis às letras de câmbio, exceto o que for incompatível com a sua natureza de promessa de pagamento.

É incompatível tudo que diz respeito ao aceite, dado que, por ser uma promessa de pagamento – título emitido pelo devedor – não há que se falar em aceite.

2. DUPLICATAS

As duplicatas estão reguladas pela Lei n. 5.474/68.

Duplicata é um título de crédito emitido pelo comerciante para documentar o crédito oriundo de uma compra e venda mercantil ou de uma prestação de serviços.

É um título de crédito causal, pois sua emissão somente é possível para representar crédito decorrente de uma determinada causa prevista por lei.

A emissão de duplicata sem causa é crime, conforme dispõe o art. 172 do CP, cujo título é *duplicata simulada*.

Para reunir seus requisitos de formalidade, deverá a duplicata conter (art. 2.º, § 1.º, Lei 5.474/68):

I. a denominação "duplicata", a data de sua emissão e o número de ordem;

II. o número da fatura;

III. a data certa do vencimento ou a declaração de ser a duplicata à vista;

IV. o nome e domicílio do vendedor e do comprador;

V. a importância a pagar, em algarismos e por extenso;

VI. a praça de pagamento;

VII. a cláusula à ordem;

VIII. a declaração de reconhecimento de sua exatidão e da obrigação de pagá-la, a ser assinada pelo comprador, como aceite cambial;

IX. a assinatura do emitente.

Todo comerciante que emite duplicatas deve, obrigatoriamente, escriturar o livro de registros de duplicatas.

2.1. Aceite da Duplicata

A duplicata é um título de crédito de aceite obrigatório, ou seja, o aceite não poderá ser recusado.

O devedor apenas poderá recusar o aceite de uma duplicata se estiver presente alguma das hipóteses do art. 8.º da Lei das Duplicatas:

I. avaria ou não-recebimento das mercadorias, quando não expedidas ou não entregues por sua conta e risco;

II. vícios, defeitos e diferenças na qualidade ou na quantidade das mercadorias, devidamente comprovados;

III. divergência nos prazos ou nos preços ajustados.

2.2. Modalidade de Aceite da Duplicata

2.2.1. Aceite ordinário

Resulta da assinatura do devedor no próprio título.

2.2.2. Aceite por comunicação

É aquele por meio do qual o devedor comunica formalmente o credor sobre o seu aceite. O devedor pode mandar carta ou fax ao credor comunicando que aceita.

2.2.3. Aceite presumido

Resulta do recebimento da mercadoria sem recusa formal, com ou sem devolução do título, e documentado pela assinatura do contrato de entrega de mercadorias que acompanha a nota fiscal.

2.3. Protesto das Duplicatas e Triplicata

A duplicata comporta o protesto por indicações extraídas dos dados contidos no livro de registro de duplicatas.

O credor poderá protestá-la mesmo se não estiver em posse da cártula, já que ela foi registrada em um livro; mas, na prática, as pessoas emitem uma triplicata, que é a segunda via da duplicata.

Em caso de ausência de pagamento, a duplicata deve ser levada a protesto nos 30 dias seguintes ao vencimento; decorrido esse prazo, o credor perde o direito de crédito em face dos coobrigados.

2.4. Execução das Duplicatas

- Se o aceite é ordinário, o título executivo constitui-se na própria duplicata.
- Se o aceite for por comunicação, o título executivo constitui-se na própria comunicação.
- Se o aceite for por presunção, a formação do título executivo depende de dois fatores:
  - do protesto, que é sempre necessário, mesmo se for para cobrar o credor principal;
  - da comprovação da entrega da mercadoria.

Todas as regras das duplicatas mercantis aplicam-se às duplicatas de prestação de serviços.

Obs.: Aconselha-se a leitura da Lei n. 5.474/68.

DIREITO COMERCIAL

Cheque

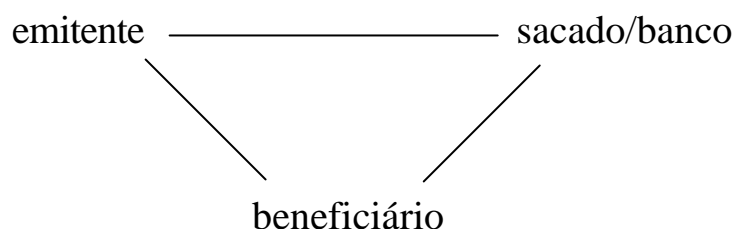
1. CONCEITO

Segundo Fábio Ulhôa Coelho, cheque é uma ordem de pagamento à vista sacada contra um banco e com base em suficiente provisão de fundos, regulado pela Lei n. 7.357, de 2.9.1985.

Temos três situações jurídicas distintas:

- a do emitente, que dá a ordem de pagar;
- a do sacado, que é o destinatário da ordem de pagamento (banco);
- a do beneficiário, que é o credor.

emitente —— sacado/banco

beneficiário

Como regra, o banco sacado não é responsável pelo pagamento; todavia, pode ser responsabilizado se fizer o pagamento de cheque com assinatura falsa, salvo culpa exclusiva ou concorrente do correntista, conforme dispõe a Súmula n. 28 do Supremo Tribunal Federal.

Qualquer cláusula que altera a natureza do cheque deve ser considerada não-escrita. A cláusula que pós-data o cheque não gera efeitos em relação ao

banco sacado; ela é considerada não-escrita, mas vincula o credor, que pode ser responsabilizado civilmente em caso de apresentação, para pagamento do cheque, antes da data pactuada.

2. PRAZO PARA APRESENTAÇÃO

Será de 30 dias, se for de mesma praça, e de 60 dias, se for de praça distinta.

O cheque é de mesma praça quando o local indicado como sendo o de emissão se localizar no mesmo Município da agência bancária pagadora; será de praça distinta quando não houver correspondência entre o local de emissão e da agência pagadora.

Caso o prazo de apresentação não seja observado, o credor perde o direito de crédito em face dos coobrigados, mas não perde em face do devedor principal.

O pagamento que se faz por meio do cheque gera efeitos *pro solvendo* – a extinção da obrigação a que ele se refere apenas ocorrerá com a efetiva compensação do cheque.

Nada impede que as partes convencionem que o pagamento pela via do cheque gere efeitos *pro soluto*; assim, basta a entrega da cártula (do cheque) para que se extinga a obrigação a que ele se refere (nesse caso, se o cheque não tiver fundos, o credor poderá simplesmente executar o cheque).

3. CHEQUE SEM FUNDOS

A cobrança do cheque sem fundos pressupõe o protesto dentro do prazo de apresentação, sob pena de o credor perder o seu direito de crédito em face dos coobrigados.

Esse protesto pode ser substituído por uma declaração do banco sacado, atestando a inexistência de fundos.

4. PRAZO PRESCRICIONAL PARA A EXECUÇÃO

O prazo prescricional para a execução do cheque é de seis meses, a contar do término do prazo para apresentação. Decorrido o prazo prescricional, cabe ação monitória.

5. CRIME DE EMISSÃO DE CHEQUE SEM FUNDOS

A emissão de cheque sem fundos é crime, conforme o art. 171, § 2.º, inc. VI, do Código Penal. Admite-se apenas na modalidade dolosa.

O pagamento do cheque sem fundos até o momento do recebimento da denúncia implica a extinção de punibilidade.

A emissão de cheque pós-datado sem fundos não é crime.

6. ENDOSSO

O cheque comporta apenas um endosso.

Não se admite, com relação ao cheque, o endosso caução, justamente porque o cheque é uma ordem de pagamento à vista.

No cheque o endosso póstumo é o que se realiza após o prazo de apresentação.

7. ACEITE

O cheque não admite aceite, uma vez que deve ser emitido segundo os fundos disponíveis, mantidos pelo emitente frente ao banco sacado.

Qualquer declaração de aceite constante no cheque é considerada condição não-escrita.

8. AVAL

O cheque admite aval total (quando for garantido no todo) e parcial (quando apenas parte de seu valor tiver sido garantido).

O aval é lançado no cheque ou em folha de alongamento. É aposto no anverso do título, ou mesmo no verso, com as palavras "por aval" ou fórmulas equivalentes.

Aconselha-se a leitura da Lei n. 7.357/85.

DIREITO COMERCIAL

1. TÍTULOS DE CRÉDITO IMPRÓPRIOS

Cesare Vivante conceitua os títulos de crédito como sendo documentos necessários ao exercício do direito literal e autônomo neles mencionado.

Com base no referido conceito, depreende-se que os requisitos essenciais dos títulos de crédito são, como já analisado, a cartularidade, a literalidade e a autonomia.

Alguns instrumentos jurídicos, entretanto, encontram-se sujeitos a uma disciplina legal que aproveita, somente em parte, os requisitos dos títulos de crédito. Referidos instrumentos, denominados títulos de crédito impróprios, não podem ser considerados como típicos títulos de crédito.

São quatro as categorias dos títulos de crédito impróprios:

- títulos de legitimação;
- títulos representativos;
- títulos de financiamento;
- títulos de investimento.

1.1. Títulos de Legitimação

Os título de legitimação conferem ao seu portador a prestação de um serviço ou o acesso a prêmios em loterias promocionais ou oficiais. Exs.: o bilhete para o serviço de transporte coletivo, o bilhete da loteria esportiva premiado etc.

Note-se que esses títulos gozam dos requisitos da cartularidade, da literalidade e da autonomia; porém, não gozam de força executiva.

1.2. Títulos Representativos

Os títulos representativos representam a titularidade de mercadorias depositadas. Assim, além de conferirem ao titular o direito à propriedade do bem depositado, podem conferir, ainda, título de crédito, uma vez que possibilitam, ao proprietário da mercadoria depositada, a negociação com o seu respectivo valor. Configuram exemplos de títulos representativos o conhecimento de depósito, o *warrant* e o conhecimento de frete.

O conhecimento de depósito e o *warrant* são títulos emitidos pelos armazéns-gerais, a pedido do depositante, em razão do depósito efetuado. Encontram-se regulados pelo Decreto n. 1.102, de 1903. São emitidos em conjunto, mas podem circular separadamente, já que o conhecimento de depósito representa a titularidade das mercadorias depositadas, e o *warrant* representa a disponibilidade das mesmas. O endossatário apenas do conhecimento de depósito passa a ser o proprietário da mercadoria depositada;no entanto, sua propriedade é limitada, pois falta-lhe um de seus atributos: a onerabilidade. O endosso em separado do *warrant* importa a constituição de um direito real de garantia em favor do endossatário. O

endosso do *warrant* deve ser mencionado no conhecimento de depósito para que o endossatário desse último saiba que está adquirindo mercadoria onerada.

A liberação das mercadorias depositadas em armazéns-gerais somente poderá ocorrer ao portador de ambos os títulos. Exceção existe se a liberação se der em favor do titular do conhecimento de depósito endossado em separado, antes do vencimento da obrigação, garantida pelo endosso do *warrant*, e desde que haja o depósito, junto ao armazém-geral, do valor da obrigação; ou em caso de execução da garantia pignoratícia, após o protesto do *warrant*, mediante leilão realizado no próprio armazém.

Regulado pelo Decreto n. 19.473, de 1930, o conhecimento de frete é o título representativo de mercadorias transportadas, podendo ser emitido por empresas de transporte (por água, terra ou ar). Esse documento tem por objetivo comprovar o recebimento da mercadoria a ser transportada, pela empresa transportadora, bem como a obrigação, assumida pela empresa, de entregar a referida mercadoria em destino determinado.

O conhecimento de frete permite, ao proprietário da mercadoria despachada, negociar com o seu valor, mediante o endosso do título; porém, há casos em que a lei não permite essa negociabilidade (ex.: título emitido com cláusula “não à ordem”.).

Verifica-se, portanto, que os títulos representativos não são dotados de todos os requisitos dos títulos de crédito típicos, uma vez que possuem uma finalidade originária diversa. Os títulos de crédito típicos se destinam a representar obrigações pecuniárias, e os títulos representativos têm por objeto mercadorias depositadas, podendo se referir a obrigações pecuniárias somente em caráter secundário.

1.3. Títulos de Financiamento

Os títulos de financiamento representam instrumentos cedulares, configurando crédito decorrente de financiamento concedido por uma instituição financeira e importante meio de incremento de atividades econômicas e de aquisição da casa própria.

Tais títulos são costumeiramente denominados *cédulas de crédito* (quando o pagamento, do financiamento a que se referem, é garantido por hipoteca ou penhor) ou *notas de crédito* (quando não existir garantia real do financiamento).

Os títulos de financiamento não se encaixam no regime cambial por possuírem diversas peculiaridades, como, por exemplo, a possibilidade de endosso parcial, e também por se constituírem sob a forma de cédula, que permite a constituição dos direitos reais de garantia nesse mesmo instrumento.

Configuram exemplos de títulos de financiamento: cédula e nota de crédito rural, cédula e nota industrial, cédula e nota de crédito comercial, cédula e nota de crédito à exportação, cédula hipotecária.

1.4. Títulos de Investimento

Os títulos de investimento destinam-se à captação de recursos pelo emitente. O emitente, portanto, será o devedor do direito constante no título. O portador, por sua vez, é o credor, já que o título configura um investimento por ele efetuado.

Configuram exemplos de títulos de investimento: letras imobiliárias, emitidas pelos agentes do Sistema Financeiro de Habitação; letra de câmbio financeira; certificados de depósito bancário etc.

Existe grande discussão doutrinária acerca da natureza jurídica das debêntures. Sobre as debêntures é importante salientar que, não obstante adotarem muitas das características dos títulos de investimento, não se caracterizam como títulos de crédito impróprios, por terem um regime jurídico próprio, ou seja, trata-se de um exemplo de valor mobiliário.

DIREITO COMERCIAL

Contratos Mercantis

1. TEORIA GERAL

Os contratos travados entre particulares, excluídos os contratos de trabalho, submetem-se a três regimes diferentes, quais sejam: civil, comercial e de tutela dos consumidores. Aplica-se o regime consumerista quando a relação contratual se realiza entre consumidor e fornecedor; o regime comercial, por sua vez, é aplicável quando nenhum dos contratantes for consumidor e, aplica-se o regime civil, se nenhum dos contratantes for empresário.

O Direito Comercial possui peculiaridades que diferenciam o regramento dos contratos mercantis, se comparado com as disposições estabelecidas pelo Direito Civil. Inúmeros, entretanto, são os pontos de convergência de tais ordenamentos, motivo pelo qual a Teoria Geral dos Contratos, matéria constante no programa de Direito Civil, configura pré-requisito para o estudo dos contratos mercantis.

Como princípios da disciplina dos contratos mercantis, a doutrina clássica repete aqueles previstos para a Teoria Geral dos Contratos Civis: a autonomia das vontades, a supremacia da ordem pública e a *pacta sunt servanda.*

A autonomia das vontades reflete a possibilidade de as partes exercerem a liberdade de optar entre contratar ou não, com as pessoas que quiserem, segundo as cláusulas e condições que estabelecerem.

A supremacia da ordem pública bem representa uma limitação ao primeiro princípio, dado que, em havendo divergência entre o interesse do particular e o interesse público, prevalece o último.

A *pacta sunt servanda*, também conhecida como princípio da força obrigatória dos contratos, reflete a máxima de que o contrato faz lei entre as partes contratantes; uma vez firmado, todas as obrigações assumidas no contrato são de cumprimento obrigatório, sujeitando-se, em caso de inadimplemento, às penalidades da lei ou do próprio contrato, sem prejuízo da possibilidade do cumprimento coercitivo. O princípio da *pacta sunt servanda* encontra exceção na cláusula *rebus sic stantibus* que permite ao Poder Judiciário rever as cláusulas contratadas (ensejando, pois, hipóteses nas quais, mesmo contratada, determinada obrigação não será de cumprimento obrigatório), podendo alterá-las em caso de verificação de onerosidade excessiva, trazida por fato imprevisível (motivo pelo qual essa teoria é também chamada Teoria da Imprevisibilidade).

Os contratos mercantis, identicamente aos contratos civis, podem ser classificados da maneira a seguir.

a) *Contratos bilaterais e unilaterais*

Os contratos bilaterais, também chamados sinalagmáticos, são aqueles em que ambas as partes contratantes assumem direitos e obrigações. Exemplos: compra e venda, locação etc.

Os contratos unilaterais são aqueles em que somente uma das partes contratantes assume obrigação. Exemplos: doação, comodato etc.

b) Contratos consensuais, reais e solenes

Os contratos consensuais são aqueles em que o encontro de vontades de dois ou mais sujeitos é suficiente para a formação do contrato. Exemplo: compra e venda mercantis (art. 191 do CCom).

Os contratos são reais, quando, além do consenso de vontades, para a formação do vínculo, mister se faz a entrega da coisa (da *res*). Exemplos: mútuo bancário, comodato, depósito etc.

Os contratos são solenes quando houver a previsão legal da necessidade de emissão de um documento para a sua formação. Exemplo: contrato de seguro, em que é obrigatória a emissão da respectiva apólice.

c) Contratos comutativos e aleatórios

Os contratos comutativos são aqueles em que as prestações são certas e determinadas, permitindo às partes antecipar em como será a execução deste, pois tal contrato não se sujeita a uma álea. Exemplo: compra e venda mercantil.

Os contratos aleatórios, como se observa da própria denominação, são aqueles em que é impossível antecipar como será a execução, tendo em vista que se sujeitam a uma álea – evento incerto que influencia a execução. Nesses contratos, *a priori*, não há uma equivalência entre as prestações assumidas pelas partes. Exemplo: seguro.

d) Contratos típicos (nominados) e atípicos (inominados)

Um contrato é considerado típico quando suas características (denominação, direitos e obrigações assumidas pelas partes, peculiaridades etc.) encontram-se referidas, de modo específico, na lei. Exemplos: compra e venda mercantil, depósito mercantil etc.

Os contratos atípicos são aqueles que, apesar de não estarem previstos em lei (nem suas peculiaridades, ou mesmo os direitos e obrigações que são assumidas pelas partes), são firmados pelas pessoas que, no próprio instrumento contratual, estipulam as obrigações e os direitos assumidos, o nome da própria avença, as eventuais condições etc. Essa modalidade de contrato reflete, em todas as considerações, o princípio da autonomia das vontades.

Deve-se observar que, mesmo havendo doutrina em contrário, não basta que exista legislação dando nome a determinado contrato para que ele seja considerado típico; mister se faz que haja legislação, disciplinando os direitos e obrigações naturais daquele tipo contratual, para que ele seja considerado típico. O contrato de *leasing* ainda deve ser considerado como atípico, apesar de previsto em lei, pois essa somente prescreve questões tributárias acerca da avença, não colacionando questões inerentes à disciplina contratual.

A extinção dos contratos mercantis dá-se da mesma forma preconizada pela Teoria Geral dos Contratos:

- pelo adimplemento das obrigações assumidas, extinguindo-se assim a relação jurídica obrigacional – trata-se da forma normal de extinção dos contratos;

- pela ***dissolução ou rescisão contratual***, que dá ensejo às *resoluções* (por descumprimento) e *resilições* (por vontade das partes), que podem se dar de três formas:

- *rescisão pelo distrato (resilição bilateral)*: ocorre quando as partes contratantes, arrependendo-se do contrato firmado, de comum acordo resolvem, por bem, rescindir a avença – conforme visto, chamada resilição bilateral;

- *rescisão pela denúncia (resilição unilateral)*: ocorre quando, por haver expressa previsão legal ou contratual, ou mesmo em razão de o contrato ter sido celebrado por prazo indeterminado, é permitido à parte contratante, unilateralmente, rescindir a avença, comunicando à outra parte sua intenção, devendo, contudo, a parte interessada, cumprir um prévio aviso, geralmente previsto no próprio contrato – trata-se da denominada resilição unilateral, de acordo com os ensinamentos da doutrina;

- *rescisão pelo inadimplemento (resolução)*: ocorre quando uma das partes, por não ter cumprido com a obrigação assumida, permite à outra buscar a rescisão da avença, aplicando à parte inadimplente as penalidades legais e contratuais pelo inadimplemento.

Todas as hipóteses acima definidas podem ser exemplificadas para diversos tipos contratuais. Nesse sentido, se tomarmos, por exemplo, o contrato de locação para fins não-residenciais, temos:

- *extinção pelo adimplemento*: término do prazo do contrato com a entrega das chaves;
- *resilição pelo distrato*: antes do término do contrato, as partes resolvem extinguir o contrato, com a devolução do imóvel;
- *resilição pela denúncia unilateral*: antes do término do contrato, o locatário devolve as chaves do imóvel locado, pagando, proporcionalmente, a multa contratual (a Lei n. 8.245 prevê a possibilidade de o locatário rescindir, antes do prazo pactuado, o contrato de locação);
- *resolução*: em razão da falta de pagamento dos alugueres, o locador pleiteia o despejo do locatário. Sendo decretado o despejo e reintegrado o locador na posse do imóvel locado, extinto estará o contrato de locação.

DIREITO COMERCIAL

Contratos Mercantis

1. COMPRA E VENDA MERCANTIL

No contrato de compra e venda mercantil devem ser identificados três requisitos:

- *Requisito objetivo:* o objeto do contrato deve ser um bem móvel ou semovente. O contrato que tem por objeto bem imóvel, cujo vendedor não exerce atividade econômica e o comprador é o destinatário final, é denominado contrato civil. Se o objeto do contrato for direito futuro ou ações, trata-se de contrato mercantil, também chamado contrato bolsístico.
- *Requisito subjetivo:* há necessidade de que, pelo menos o comprador, seja comerciante.
- *Finalístico:* a compra deve ser feita com objetivo de revenda ou aluguel do bem adquirido.

Esses requisitos são observados pela leitura do artigo 191 do Código Comercial:

"O contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor se acordam na coisa, no preço e nas condições; e desde esse momento nenhuma das partes pode arrepender-se sem consentimento da outra, ainda que a coisa se não ache entregue nem o preço pago. Fica entendido que nas vendas condicionais não se reputa o contrato perfeito senão depois de verificada a condição (art. 127).

É unicamente considerada mercantil a compra e venda de bens móveis ou semoventes, para os revender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso; compreende-se na classe dos primeiros a moeda metálica e o papel-moeda, títulos de fundos públicos, ações de companhias e papéis de crédito comerciais, contando que nas referidas transações o comprador seja comerciante".

2. PECULIARIDADES DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA MERCANTIL

O contrato de compra e venda mercantil encontra-se regulado pelos artigos 191 a 220 do Código Comercial.

Tanto suas características quanto sua regulamentação são idênticas às mencionadas no Código Civil, exceto no tocante às peculiaridades descritas a seguir.

Como regra, as despesas com a tradição da coisa cabem ao comprador (art. 196 do CCom: "Não havendo estipulação em contrário, as despesas do

instrumento da venda e as que se fazem para se receber e transportar a coisa vendida são por conta do comprador.”). Ressalte-se que no Direito Civil tais despesas cabem ao vendedor.

Para o comércio internacional foram criadas regras-padrão para as compras e vendas. São cláusulas *incoterms*, quais sejam:

- *FOB* (*Free on Board):* o vendedor não custeia o transporte.
- *CIF* (*Cost Insurance Freight):* todo o custo já se encontra incurso no preço; portanto, fica a cargo do vendedor.

A mora depende de interpelação do inadimplente, podendo ser judicial ou extrajudicial (art. 205 do CCom: “Para o vendedor ou comprador poder ser considerado em mora, é necessário que preceda interpelação judicial da entrega da coisa vendida, ou do pagamento do preço.”). Na compra e venda civil, para a configuração da mora, dispensa-se a interpelação, bastando o inadimplemento.

O prazo para a reclamação com relação aos vícios é de 10 dias (art. 211 do CCom: “Tem principalmente aplicação a disposição do artigo precedente quando os gêneros se entregam em fardos ou debaixo de coberta que impeçam o seu exame e reconhecimento, se o comprador, dentro de 10 (dez) dias imediatamente seguintes ao do recebimento, reclamar do vendedor falta na quantidade, ou defeito na qualidade, devendo provar-se no primeiro caso que as extremidades das peças estavam intactas, e no segundo que os vícios ou defeitos não podiam acontecer, por caso fortuito, em seu poder. Essa reclamação não tem lugar quando o vendedor exige do comprador que examine os gêneros antes de os receber, nem depois de pago o preço.”). No

Direito Civil, o prazo, sendo bem móvel, é de 15 dias e, tratando-se de bens imóveis, 6 meses. No Direito do Consumidor, em se tratando de bens duráveis, o prazo é de 90 dias e, em se tratando de bens não-duráveis, 30 dias.

O preço no contrato de compra e venda deve ser previsto em moeda nacional, a não ser quando a parte for estrangeira. Sequer é admitida a avaliação do preço em variação cambial.

3. CARACTERÍSTICAS

Considerando a abordagem do módulo anterior, pode-se caracterizar a compra e venda mercantil como um contrato bilateral, oneroso, comutativo e típico.

Para um maior aprofundamento, aconselha-se a leitura dos artigos 191 a 220 do Código Comercial.

DIREITO COMERCIAL

Contratos Mercantis

1. CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO

Os contratos chamados contratos de distribuição são aqueles que têm por objetivo o escoamento de mercadorias. Na prática, os contratos de distribuição ocorrem quando determinado comerciante, visando ampliar, manter ou criar um mercado para distribuição (escoamento) de suas mercadorias, e não interessado ou estando impossibilitado de fazê-lo diretamente, contrata terceiros para colaborar no escoamento dessas mercadorias. Os principais exemplos de contratos de distribuição são:

- representação comercial;
- franquia;
- concessão mercantil.

1.1. Representação Comercial

Representação comercial é um contrato por meio do qual uma pessoa física, ou jurídica – denominada representante comercial –, realiza atividade de mediação ou de intermediação de negócios mercantis em nome da outra parte – que se denomina representado –, e recebe comissão pelos pedidos solicitados

e que efetivamente se transformem em negócios a serem cumpridos pelo representado.

Ese tipo de contrato de distribuição é regulado pela Lei n. 4.886/65.

A essência da representação comercial é a intermediação de compra e venda mercantil. A Lei n. 4.886/65 caracteriza a relação de representação comercial como contrato mercantil e não como relação de emprego; portanto, entre representante e representado não existe vínculo empregatício.

O contrato de representação comercial é um contrato típico mercantil, pois é regulado por lei.

A lei apresenta regras que se assemelham às leis laborais; porém, três fatores diferenciam a relação de representação comercial da relação de trabalho:

- possibilidade de o representante ter empregados;
- arcar o representante com os custos do seu negócio, ficando clara a autonomia entre representante e representado;
- poder o representante se fazer substituir por outrem no exercício de suas atividades.

Trata-se de um contrato bilateral, oneroso, típico e consensual.

1.1.1. Registro dos representantes perante os conselhos regionais

Os conselhos regionais foram criados pela Lei n. 4.886/65 e funcionam como órgão fiscalizador dos representantes comerciais. O objetivo dos conselhos regionais é dar estabilidade ao mercado.

Os conselhos regionais poderão aplicar multas, determinar a suspensão ou até mesmo o cancelamento do registro, nas hipóteses de falta mencionadas no artigo 19 da Lei n. 4.886/65 como, por exemplo, negar prestação de contas ao representado.

O registro do representante no Conselho Regional é obrigatório (art. 2.º da citada lei). A sanção para a falta de registro está prevista no seu artigo 5.º e consiste na perda do direito à comissão sobre os negócios mediados.

P.: Mas é legal essa regra?

R.: A jurisprudência decidiu que não. O recebimento da remuneração pelo representante independe de registro no Conselho.

A doutrina entende que a falta de registro não impede o recebimento da comissão; porém, exclui o representante do exercício de certas prerrogativas previstas na Lei n. 4.886/65. Outros entendem que o registro é mera formalidade e que sua ausência não retiraria qualquer prerrogativa do representante.

A tendência atual é a de não condicionar a remuneração ao registro, por entender que esse condicionamento impediria o livre exercício profissional; é discutível, porém, a questão da perda do direito às prerrogativas da Lei n. 4.886/65.

1.1.2. Principais cláusulas no contrato de representação

O contrato de representação, para a maioria da doutrina, deve ser escrito (art. 40 da Lei n. 4.886/65). As principais cláusulas que nele devem constar são:

- *A indicação dos produtos ou artigos objeto da representação.*

- *A indicação do prazo de vigência do contrato, que pode ser determinado ou indeterminado.* Vale observar que, em caso de renovação, o contrato por prazo determinado transformar-se-á em contrato por prazo indeterminado.

- *A indicação da zona (ou região) em que será exercida a representação.* O contrato de representação pode ou não conceder exclusividade ao representante em relação à região. Se prevista a exclusividade, o representante terá direito a comissões por todas as vendas que se realizem no território, mesmo se forem efetuadas diretamente pelo representado ou por terceiros. Há doutrina que entende ser obrigatória a exclusividade; não estando, porém, prevista em lei, é uma opção do representado conceder ou não a exclusividade (art. 40 da Lei n. 4.886/65).

- *A indicação de exclusividade ou não da representação em favor do representado.* O representante ter liberdade de representação ou ter de representar apenas os produtos do representado dependerá de cláusula expressa no contrato. É importante, porém, observar que, mesmo o representante tendo liberdade de representação, não poderá, ao menos por via de regra, representar concorrentes do representado (vislumbra-se exceção em relação às corretoras de seguro, quando representam várias companhia). Caso isso ocorra, dará ensejo à

rescisão motivada do contrato por parte do representado, e o representante não terá direito à indenização.

Pode o contrato prever quaisquer outras cláusulas, desde que não defesas por lei.

1.1.3. Comissões pagas aos representantes

A remuneração do representante é a comissão, e ele só terá direito a ela após a liquidação da fatura.

O representante comercial é mero intermediador. A compra e venda é realizada entre o representado e o terceiro, e somente após o pagamento da fatura é que o representante terá direito à comissão.

O representado poderá recusar o pedido de compra e venda obtido pelo representante, não sendo, nesse caso, devida a comissão.

O prazo para recusa por parte do representado é de:

- 15 dias, se a venda foi realizada na mesma praça;
- 30 dias, se a venda foi realizada em outra praça, mas no mesmo Estado;
- 60 dias, se a venda foi realizada em outro Estado;
- 120 dias, se a venda foi realizada no Exterior.

A comissão não será devida em caso de insolvência do comprador. Se, porém, o contrato prever que sempre haverá o pagamento das comissões, ela será devida. Se for omisso nesse ponto, a regra é de que não haverá pagamento.

1.1.4. Rescisão do contrato e indenização em favor do representante

Há duas hipóteses a considerar: rescisão sem justa causa ou rescisão com justa causa.

a) Rescisão sem justa causa

A rescisão sem justa causa pode se dar tanto em relação a um contrato por prazo determinado quanto a um contrato por prazo indeterminado. A indenização sempre será devida, porém irá variar de acordo com o tipo de contrato celebrado:

- Se o contrato for por prazo determinado, a indenização será calculada a partir da remuneração média mensal, recebida pelo representante até a data da efetiva rescisão do contrato, multiplicada pela metade dos meses restantes para o seu término.

Exemplo:

Média mensal: R$ 4.000,00

Prazo do contrato: 18 meses

A rescisão ocorreu no 10.º mês, portanto restavam oito meses para o término do contrato; para o cálculo da indenização utiliza-se a metade deles, ou seja, quatro meses.

Valor da indenização: R$ 4.000,00 x 4 = R$ 16.000,00

- Se o contrato for por prazo indeterminado, a indenização equivalerá a 1/12 (um doze avos) do total das comissões recebidas durante o período de vigência do contrato.

Além do pagamento dessa indenização, na hipótese de rescisão sem justa causa ,da decisão, deverá o representado notificar o representante com 30 dias de antecedência; caso não o faça, deverá pagar mais uma indenização – equivalente a 1/3 (um terço) das comissões pagas nos três meses anteriores.

b) Rescisão com justa causa

Na rescisão pelo representado, com justa causa, não caberá ao representante qualquer indenização.

Hipóteses de rescisão por parte do representado:

- desídia do representante no cumprimento de suas obrigações;
- prática, pelo representante, de atos que importem descrédito comercial do representado;
- descumprimento das obrigações contratuais pelo representante;
- condenação definitiva do representante pelos crimes do artigo 4.º, “c”, da Lei n. 4.886/65 (crimes contra o patrimônio);
- força maior – mas, nesse caso, o representado não pode alegar dificuldades financeiras.

A falência não autoriza a rescisão com justa causa do contrato de representação. O artigo 43 da Lei de Falências deixa claro que os contratos

bilaterais não se rescindem com a falência e podem ou não ser executados pelo síndico, se for interessante para a massa falida. O mesmo artigo esclarece também que o contrato de representação comercial é um típico contrato bilateral.

Hipóteses de rescisão por parte do representante:

- redução da sua esfera de atividade em desacordo com as cláusulas contratuais;
- quebra da exclusividade, se essa era prevista no contrato;
- fixação abusiva de preços, de forma a impossibilitar o desenvolvimento de suas atividades;
- não pagamento da retribuição devida;
- força maior.

1.1.5. Sub-representação

Nos contratos de representação admite-se a chamada sub-representação, pela qual o representante subcontrata outrem para a prestação dos serviços de mediação em favor do representado. O contrato, porém, pode vedar a sub-representação. Se não constar nada a respeito no contrato, ela é admitida.

O sub-representante tem direito ao recebimento de comissões, porém condicionado ao recebimento dessas pelo representante.

Na sub-representação os prazos para comunicação sobre recusa de pedido são prorrogados em dez dias, ou seja, de 15 dias passa para 25 dias, e assim por diante.

O sub-representante terá direito ao aviso prévio e à indenização em caso de rescisão do contrato sem justa causa, aplicando-se aqui as mesmas regras; quanto à indenização, porém, ele a receberá de forma proporcional.

1.1.6. Cláusula del credere

A cláusula *del credere* consiste em transmitir poderes para que outrem aja por conta do transmitente, mas não em seu nome, e também assuma os riscos do negócio.

Nos contratos de representação comercial é vedada a cláusula *del credere*. Assim sendo, não pode o representante ser responsabilizado pelo inadimplemento do devedor.

No contrato de comissão mercantil temos a figura do comitente, do comissário e do terceiro. O comissário age por conta do comitente, mas não em nome dele.

O comissário, como regra, não assume riscos. Nesse contrato, porém, é possível a cláusula *del credere* e, nesse caso, o comissário age em nome próprio, mas assumindo também os riscos do negócio.

Na representação, a relação existente é entre representado e terceiro, enquanto na comissão mercantil o comissário age em nome próprio. Por conta do mandato mercantil admite-se uma relação eventual, não ocorrendo o mesmo na representação.

1.2. Contrato de Franquia (Franchising)

Contrato de franquia é aquele em que uma das partes, chamada franqueador, licencia o uso de sua marca a outro empresário que se denomina franqueado, prestando-lhe também serviço de organização empresarial.

O contrato de franquia está previsto na Lei n. 8.955/94; porém, não é um contrato típico. É típico o contrato em que as obrigações das partes atendem às determinações da lei. A Lei n. 8.955/94 apenas estabelece regras aplicáveis a uma situação que antecede à formação do vínculo contratual. Essa lei determina que, antes da assinatura de um contrato de franquia, deverá o franqueador divulgar a chamada Circular de Oferta e Franquia (COF), indicando as condições e obrigações relevantes do contrato.

A Circular de Oferta e Franquia deverá ser comprovadamente recebida pelo franqueado com, no mínimo, dez dias de antecedência à assinatura do contrato, sob pena de nulidade desse, facultando-se ao franqueado, nessa hipótese, exigir a devolução de todas as quantias pagas ao franqueador, bem como a indenização.

Os dois principais elementos do contrato de franquia são a cessão do uso de uma marca e a prestação de serviços de organização empresarial.

São serviços de organização empresarial:

- Serviços de *engineering* (de engenharia, estruturação): consistem na elaboração e implementação do estabelecimento do franqueado. Estabelecimento, nesse caso, significa o local em que a atividade será desenvolvida.

- Serviços de *management* (de gerenciamento): envolvem treinamento do franqueado e de seus funcionários, bem como a estruturação da administração dos negócios a serem desenvolvidos pelo franqueado.
- Serviços de *marketing*: abrangem a promoção da venda dos produtos a serem comercializados pelo franqueado, bem como prospecção de mercado, técnicas de venda, entre outros.

1.2.1. Principais obrigações das partes

a) Obrigações do franqueado

- Pagar uma taxa de adesão e um percentual sobre o faturamento.
- Pagar pelos serviços de organização empresarial.
- Vender apenas os produtos fabricados ou autorizados pelo franqueador, existindo, nesse caso, uma subordinação de caráter empresarial.
- Observar os preços e as condições de venda estabelecidos pelo franqueador. Pode haver previsão no contrato quanto à liberdade para a fixação de preços.

b) Obrigações do franqueador

- Permitir o uso de sua marca.
- Distribuir os produtos a serem comercializados pelo franqueado.

- Prestar os serviços de organização empresarial.

Se o franqueador descumprir, ou cumprir de forma defeituosa, as obrigações assumidas no contrato, caberá indenização ao franqueado.

1.3. Concessão Mercantil

Concessão mercantil é um contrato de distribuição pelo qual um dos contratantes, chamado concessionário, se obriga a comercializar, com ou sem cláusulas de exclusividade e de territorialidade, produtos do outro contratante, chamado concedente.

Trata-se de contrato atípico, exceto no caso de concessão para a comercialização de veículos automotores terrestres, que é regida pela *Lei Ferrari*.

DIREITO COMERCIAL

Contratos Mercantis

1. CONTRATOS BANCÁRIOS E CORRELATOS

Os contratos bancários configuram veículos jurídicos de atividade econômica de intermediação monetária. Podem ser encontrados tanto no campo de captação (contrato firmado para que a instituição financeira capte recursos para transferi-los) como no campo de fornecimento (contrato firmado para que a instituição financeira transfira os recursos já captados), denominando-se operação passiva ou ativa, respectivamente.

Importante frisar que, para o contrato ser considerado bancário, não basta que o banco seja um dos contratantes. Mister que, além desse requisito, haja intermediação monetária.

Os contratos bancários próprios, ou seja, aqueles exclusivos dos bancos são: depósito bancário, mútuo bancário etc.

Como há dúvidas doutrinárias acerca dos exatos contornos do conceito de atividade bancária, existem contratos que, apesar de representarem intermediação monetária, acabam também sendo praticados por terceiros não considerados instituições financeiras, o que põe em discussão a sua natureza bancária. A esses contratos costuma-se atribuir a denominação contratos correlatos ou *contratos bancários impróprios*.

1.1. Contrato de Arrendamento Mercantil (*Leasing*)

Arrendamento mercantil é um contrato de natureza financeira por meio do qual uma das partes, que se denomina arrendante, aluga à outra parte, denominada arrendatário, um bem móvel ou imóvel mediante pagamento de determinado preço, mantendo o locador (arrendante) o domínio sobre o bem locado e cabendo ao arrendatário somente a posse. Caracteriza-se, o arrendamento mercantil, pela faculdade conferida ao locatário de adquirir o bem, objeto do contrato, mediante o pagamento de um valor residual.

1.1.1. Modalidades de contrato de leasing

- *Leasing* operacional (*renting*): é celebrado entre o próprio fabricante ou proprietário do bem (arrendador) e o arrendatário. Não há participação de uma terceira parte. O que diferencia o *leasing* operacional do *leasing* financeiro é o fato de que, enquanto no *leasing* financeiro sempre há cláusula de obrigatoriedade do contrato por todo o período, no *leasing* operacional o contrato pode ser rescindido a qualquer momento pelo arrendatário, desde que haja aviso prévio.

- *Self-lease*: é realizado entre empresas que formam o mesmo grupo societário.

Tanto no *leasing* operacional quanto no *self-lease* não se aplica a Lei n. 6.099/74, que autoriza o arrendatário a utilizar as parcelas pagas de aluguel para dedução na contabilidade visando auferir contagem no imposto de renda.

- *Lease-back*: é o contrato celebrado entre o próprio vendedor do bem, na qualidade de arrendatário, e a arrendante compradora. Nesse caso aplica-se a regra da Lei n. 6.099/74.

Exemplo: uma empresa possui dez máquinas essenciais para o seu funcionamento. Se a empresa não tiver mais recursos para manter-se, é possível o *lease-back*, que consistiria na venda das máquinas ao arrendante, permanecendo a empresa com as mesmas, porém não mais na qualidade de proprietária, mas sim de arrendatária.

- *Leasing* financeiro*:* é a operação por meio da qual uma empresa se dedica habitual e profissionalmente a adquirir bens, produzidos por outros, para arrendá-los mediante retribuição. É o chamado arrendamento mercantil financeiro. Aqui também se aplicam as regras da Lei n. 6.099/74.

No *leasing* financeiro existem três relações jurídicas distintas:

- *Contrato de mandato:* o arrendante faz tudo a mando do arrendatário, desde escolher o objeto, fazer a vistoria, entre outros itens;
- *Locação:* o pagamento tem natureza de aluguel;
- *Promessa de venda:* ao arrendatário cabe a opção entre comprar ou não. Pode pedir a renovação do contrato, devolver o bem, ou comprá-lo mediante o pagamento de um valor residual.

Valor residual é aquele pago para se efetuar a transferência de propriedade do bem. Difere de valor residual garantido, que é uma verdadeira

garantia paga ao arrendante, geralmente no início do contrato, para que se compensem prejuízos decorrentes de inadimplemento. É como se fosse uma caução. O valor residual garantido também pode ser compensado no valor residual.

O valor residual garantido não é pagamento. Embutido em parcelas, ou cobrado antecipadamente, descaracteriza o *leasing* como arrendamento mercantil e o caracteriza como uma compra e venda, pois deixa de considerar o valor residual garantido como meio assecuratório do adimplemento futuro, admitindo-o como verdadeiro pagamento. Com efeito, em razão da edição da Súmula 263 do Superior Tribunal de Justiça Súmula, a questão restou uniformizada de acordo com seu texto, *"in verbis"*: A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação.

1.1.2. Inadimplemento do contrato de leasing

Se o arrendatário descumprir a obrigação de pagar as prestações, o contrato de arrendamento se resolve, podendo o arrendante retomar o bem por meio de uma ação de reintegração de posse.

Muitos contratos acrescentam cláusula que impõe resolução imediata se não houver pagamento; contudo, no Brasil não se aplica tal cláusula. Caracterizada a mora, resolve-se o contrato de *leasing* por meio de uma interpelação judicial. Atualmente, é necessário interpelação extrajudicial.

Para que o contrato se resolva, a parte inadimplente deve ser interpelada extrajudicialmente – para caracterizar a mora. Não subsistindo qualquer título que legitime a posse, deve o arrendatário devolver o bem, pois, se não o fizer,

caracterizar-se-á o esbulho, em que cabe ação de reintegração de posse, podendo também ser reclamados os valores já vencidos, mas não os valores a vencer e nem as penalidades previstas no contrato.

Valor residual garantido pode ser compensado com o valor a ser pago. Se remanescer crédito, esse pode ser cobrado. Caso haja sobra, deverá ser devolvida ao arrendatário.

1.2. Contrato de *Factoring*

O contrato de *faturização* ou *factoring* é aquele em que um comerciante cede a outro, na totalidade ou em parte, os créditos de suas vendas a terceiros, recebendo o valor correspondente ao montante desses créditos, mediante o pagamento de uma remuneração[1].

É contrato mercantil que se realiza entre duas empresas e cujo objeto é essencialmente a compra e venda de créditos. Além da compra e venda de créditos, há elementos secundários, quais sejam:

- administração de crédito;
- seleção e cadastramento de clientes;
- assessoria creditícia em geral.

1.2.1. Partes do contrato de factoring

O contrato de *factoring* tem como elementos pessoais:

[1] MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais.* 15.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 468.

- *Factor (faturizador)*: comerciante que adquire os créditos, com ou sem adiantamento do respectivo valor, assumindo os riscos quanto ao inadimplemento do devedor.

- *Faturizado (aderente, devedor)*: empresário que cede crédito oriundo de suas relações empresariais;

- *Compradores do vendedor (clientes)*: pessoas que compram do faturizado, podendo ser pessoas físicas ou jurídicas, comerciantes ou não.

O contrato de *factoring* é um contrato mercantil, que se faz entre o faturizador e o faturizado ou vendedor, cujo objeto é a compra e venda de faturização. O *factor* é uma sociedade que deve ter seus atos constitutivos arquivados na Junta Comercial.

1.2.2. Objetivo do contrato de factoring

O objetivo do contrato de *factoring* é dar às pequenas e médias empresas oportunidade de adquirir crédito, pois a dificuldade de capital de giro muitas vezes é premente.

1.2.3. Responsabilidade do faturizado pelo inadimplemento do devedor principal

O faturizador assume o crédito, juntamente com os riscos; portanto, o faturizador deve pagar ao faturizado as importâncias relativas às faturas que lhe são apresentadas e assumir o risco pelo não-pagamento. Pode o faturizador escolher os créditos que quer adquirir.

No caso do crédito do faturizado estar representado por um título de crédito, a forma de transferência é o endosso, que transfere o título sem a anuência do devedor. Nesse caso vincula-se o endossante na qualidade de co-responsabilidade, prevalecendo o contrato de *factoring*. O endosso só ocorre como mero ato de transferência, feito sob a égide do contrato de *factoring*. É o chamado endosso sem garantia, que apenas possibilita a transferência do crédito e não vincula, como co-obrigado, o endossante faturizado ao pagamento do título.

O cedente do crédito faturizado pode ser responsabilizado apenas pela existência do crédito. A garantia dada pelo cedente faturizado é garantia de existência do crédito; ele não responde pela insolvência.

Se o faturizado fosse responsabilizado pela insolvência, o contrato seria financeiro e, no caso, seria regido pelo Banco Central. Constando tal cláusula no contrato de *factoring*, ele será desconsiderado como tal pela jurisprudência.

1.2.4. Remuneração em favor do factor

Pelos serviços de faturização, a empresa poderá receber comissão calculada sobre cada crédito adquirido. O faturizador poderá cobrar juros, além de comissão.

A compra do crédito pode se dar à vista ou a prazo:

- *maturity factoring*: o faturizador paga apenas na data do vencimento do título;
- *conventional factoring*: o faturizador paga à vista.

Nas duas hipóteses, os riscos são do faturizador.

No *conventional factoring* o faturizador pode cobrar juros, que equivalem à remuneração pela utilização do dinheiro, observado o limite de 12% (doze por cento) ao ano.

Não há limites para a fixação da comissão. É contratada entre as partes.

1.2.5. Caracterização do factoring *como operação bancária*

O Banco Central, como fez ver na Circular n. 703/82, teve entendimento de que o *factoring* era contrato bancário e, por tal razão, as operações de *factoring* foram proibidas no país, até serem regulamentadas pelo Conselho Monetário Nacional.

Em 1988, com a Resolução n. 1.359/88, o *factoring* passou a ser considerado contrato mercantil.

DIREITO COMERCIAL – EXERCÍCIOS OBJETIVOS

MÓDULO III

Favor desconsiderar o exercício 1 de Direito Comercial do módulo III e substituir pelo a seguir:

1. Assinale a opção correta.

O imóvel onde está localizado o estabelecimento comercial:

a) pode ser elemento da empresa;
b) é considerado o fundo de comércio;
c) é passível sempre de ação renovatória;
d) é elemento integrante do fundo de comércio.

Cabe ressaltar que o gabarito continua inalterado.

DIREITO COMERCIAL

MÓDULO VIII – ERRATA

O quadro ao final do módulo deve ser desconsiderado. O mesmo recebeu nova redação:

Atenção: No dia 31/10/2001 foi publicada a Lei n. 10.303 com a seguinte ementa: "Altera e acrescenta dispositivos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, e na Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários". Em seu art. 9.º, tal lei estabelece: "Esta Lei entra em vigor após decorridos 120 (cento e vinte) dias de sua publicação oficial, aplicando-se, todavia, a partir da data de publicação, às companhias que se constituírem a partir dessa data".

São Paulo, junho de 2002.

Aos alunos do Curso do Prof. Damásio a Distância

Assunto: Primeiros ensaios sobre as regras atinentes ao Direito Comercial Previstas no texto da Lei n. 10.406/02 (Novo Código Civil).

Por meio da presente, o *Curso do Prof. Damásio a Distância* vem informar aos seus alunos que, em virtude das parcas opiniões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito das modificações afetas ao Direito Comercial, previstas no texto da Lei n. 10.406/02 (Novo Código Civil), e em razão da previsão dessas modificações no edital do 174.º Concurso da Magistratura do Estado de São Paulo, o professor responsável pela matéria Direito Comercial e a Coordenação do Curso a Distância fizeram a opção de aguardar a edição de alterações na lei (em *vacatio legis*), que se anunciam. Tal atitude está sendo tomada para que a atualização a ser fornecida aos alunos sirva de critério verdadeiramente seguro para o estudo e conseqüente acerto das questões a serem formuladas nos concursos vindouros.

Diante disso, e preocupado com as provas que se avizinham, o *Curso do Prof. Damásio a Distância* orienta seus alunos no sentido de efetuar leitura criteriosa dos dispositivos inseridos na futura legislação civil, confrontando-os com as regras existentes, pois quaisquer questões que se apresentem devem, possivelmente, abordar o texto legal, indicando-o como assertiva correta. Para tanto, enviamos em anexo o texto da Lei n. 10.406/02, referente ao Direito de Empresa e Títulos de Crédito.

Aproveitamos a oportunidade para colocarmo-nos à disposição para quaisquer esclarecimentos adicionais necessários.

Atenciosamente,

Curso do Prof. Damásio a Distância
Coordenação

José Marcelo Martins Proença
Prof. de Direito Comercial

DIREITO CIVIL

Alteração legislativa afeta ao Direito Comercial, pela Lei n. 10.406/02

1.ª PARTE

TÍTULOVIII
Dos Títulos de Crédito

CAPÍTULOI
Disposições Gerais

Art. 887. O título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei.

Art. 888. A omissão de qualquer requisito legal, que tire ao escrito a sua validade como título de crédito, não implica a invalidade do negócio jurídico que lhe deu origem.

Art. 889. Deve o título de crédito conter a data da emissão, a indicação precisa dos direitos que confere, e a assinatura do emitente.

§ 1º É à vista o título de crédito que não contenha indicação de vencimento.

§ 2º Considera-se lugar de emissão e de pagamento, quando não indicado no título, o domicílio do emitente.

§ 3º O título poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos neste artigo.

Art. 890. Consideram-se não escritas no título a cláusula de juros, a proibitiva de endosso, a excludente de responsabilidade pelo pagamento ou por despesas, a que dispense a observância de termos e formalidade prescritas, e a que, além dos limites fixados em lei, exclua ou restrinja direitos e obrigações.

Art. 891. O título de crédito, incompleto ao tempo da emissão, deve ser preenchido de conformidade com os ajustes realizados.

Parágrafo único. O descumprimento dos ajustes previstos neste artigo pelos que deles participaram, não constitui motivo de oposição ao terceiro portador, salvo se este, ao adquirir o título, tiver agido de má-fé.

Art. 892. Aquele que, sem ter poderes, ou excedendo os que tem, lança a sua assinatura em título de crédito, como mandatário ou representante de outrem, fica pessoalmente obrigado, e, pagando o título, tem ele os mesmos direitos que teria o suposto mandante ou representado.

Art. 893. A transferência do título de crédito implica a de todos os direitos que lhe são inerentes.

Art. 894. O portador de título representativo de mercadoria tem o direito de transferi-lo, de conformidade com as normas que regulam a sua circulação, ou de receber aquela independentemente de quaisquer formalidades, além da entrega do título devidamente quitado.

Art. 895. Enquanto o título de crédito estiver em circulação, só ele poderá ser dado em garantia, ou ser objeto de medidas judiciais, e não, separadamente, os direitos ou mercadorias que representa.

Art. 896. O título de crédito não pode ser reivindicado do portador que o adquiriu de boa-fé e na conformidade das normas que disciplinam a sua circulação.

Art. 897. O pagamento de título de crédito, que contenha obrigação de pagar soma determinada, pode ser garantido por aval.

Parágrafo único. É vedado o aval parcial.

Art. 898. O aval deve ser dado no verso ou no anverso do próprio título.

§ 1º Para a validade do aval, dado no anverso do título, é suficiente a simples assinatura do avalista.

§ 2º Considera-se não escrito o aval cancelado.

Art. 899. O avalista equipara-se àquele cujo nome indicar; na falta de indicação, ao emitente ou devedor final.

§ 1° Pagando o título, tem o avalista ação de regresso contra o seu avalizado e demais coobrigados anteriores.

§ 2º Subsiste a responsabilidade do avalista, ainda que nula a obrigação daquele a quem se equipara, a menos que a nulidade decorra de vício de forma.

Art. 900. O aval posterior ao vencimento produz os mesmos efeitos do anteriormente dado.

Art. 901. Fica validamente desonerado o devedor que paga título de crédito ao legítimo portador, no vencimento, sem oposição, salvo se agiu de má-fé.

Parágrafo único. Pagando, pode o devedor exigir do credor, além da entrega do título, quitação regular.

Art. 902. Não é o credor obrigado a receber o pagamento antes do vencimento do título, e aquele que o paga, antes do vencimento, fica responsável pela validade do pagamento.

§ 1º No vencimento, não pode o credor recusar pagamento, ainda que parcial.

§ 2º No caso de pagamento parcial, em que se não opera a tradição do título, além da quitação em separado, outra deverá ser firmada no próprio título.

Art. 903. Salvo disposição diversa em lei especial, regem-se os títulos de crédito pelo disposto neste Código.

CAPÍTULOII
Do Título ao Portador

Art. 904. A transferência de título ao portador se faz por simples tradição.

Art. 905. O possuidor de título ao portador tem direito à prestação nele indicada, mediante a sua simples apresentação ao devedor.

Parágrafo único. A prestação é devida ainda que o título tenha entrado em circulação contra a vontade do emitente.

Art. 906. O devedor só poderá opor ao portador exceção fundada em direito pessoal, ou em nulidade de sua obrigação.

Art. 907. É nulo o título ao portador emitido sem autorização de lei especial.

Art. 908. O possuidor de título dilacerado, porém identificável, tem direito a obter do emitente a substituição do anterior, mediante a restituição do primeiro e o pagamento das despesas.

Art. 909. O proprietário, que perder ou extraviar título, ou for injustamente desapossado dele, poderá obter novo título em juízo, bem como impedir sejam pagos a outrem capital e rendimentos.

Parágrafo único. O pagamento, feito antes de ter ciência da ação referida neste artigo, exonera o devedor, salvo se provar que ele tinha conhecimento do fato.

CAPÍTULOIII
Do Título À Ordem

Art. 910. O endosso deve ser lançado pelo endossante no verso ou anverso do próprio título.

§ 1º Pode o endossante designar o endossatário, e para validade do endosso, dado no verso do título, é suficiente a simples assinatura do endossante.

§ 2º A transferência por endosso completa-se com a tradição do título.

§ 3º Considera-se não escrito o endosso cancelado, total ou parcialmente.

Art. 911. Considera-se legítimo possuidor o portador do título à ordem com série regular e ininterrupta de endossos, ainda que o último seja em branco.

Parágrafo único. Aquele que paga o título está obrigado a verificar a regularidade da série de endossos, mas não a autenticidade das assinaturas.

Art. 912. Considera-se não escrita no endosso qualquer condição a que o subordine o endossante.

Parágrafo único. É nulo o endosso parcial.

Art. 913. O endossatário de endosso em branco pode mudá-lo para endosso em preto, completando-o com o seu nome ou de terceiro; pode endossar novamente o título, em branco ou em preto; ou pode transferi-lo sem novo endosso.

Art. 914. Ressalvada cláusula expressa em contrário, constante do endosso, não responde o endossante pelo cumprimento da prestação constante do título.

§ 1º Assumindo responsabilidade pelo pagamento, o endossante se torna devedor solidário.

§ 2º Pagando o título, tem o endossante ação de regresso contra os coobrigados anteriores.

Art. 915. O devedor, além das exceções fundadas nas relações pessoais que tiver com o portador, só poderá opor a este as exceções relativas à forma do título e ao seu conteúdo literal, à falsidade da própria assinatura, a defeito de capacidade ou de representação no momento da subscrição, e à falta de requisito necessário ao exercício da ação.

Art. 916. As exceções, fundadas em relação do devedor com os portadores precedentes, somente poderão ser por ele opostas ao portador, se este, ao adquirir o título, tiver agido de má-fé.

Art. 917. A cláusula constitutiva de mandato, lançada no endosso, confere ao endossatário o exercício dos direitos inerentes ao título, salvo restrição expressamente estatuída.

§ 1º O endossatário de endosso-mandato só pode endossar novamente o título na qualidade de procurador, com os mesmos poderes que recebeu.

§ 2º Com a morte ou a superveniente incapacidade do endossante, não perde eficácia o endosso-mandato.

§ 3º Pode o devedor opor ao endossatário de endosso-mandato somente as exceções que tiver contra o endossante.

Art. 918. A cláusula constitutiva de penhor, lançada no endosso, confere ao endossatário o exercício dos direitos inerentes ao título.

§ 1º O endossatário de endosso-penhor só pode endossar novamente o título na qualidade de procurador.

§ 2º Não pode o devedor opor ao endossatário de endosso-penhor as exceções que tinha contra o endossante, salvo se aquele tiver agido de má-fé.

Art. 919. A aquisição de título à ordem, por meio diverso do endosso, tem efeito de cessão civil.

Art. 920. O endosso posterior ao vencimento produz os mesmos efeitos do anterior.

CAPÍTULOIV
Do Título Nominativo

Art. 921. É título nominativo o emitido em favor de pessoa cujo nome conste no registro do emitente.

Art. 922. Transfere-se o título nominativo mediante termo, em registro do emitente, assinado pelo proprietário e pelo adquirente.

Art. 923. O título nominativo também pode ser transferido por endosso que contenha o nome do endossatário.

§ 1º A transferência mediante endosso só tem eficácia perante o emitente, uma vez feita a competente averbação em seu registro, podendo o emitente exigir do endossatário que comprove a autenticidade da assinatura do endossante.

§ 2º O endossatário, legitimado por série regular e ininterrupta de endossos, tem o direito de obter a averbação no registro do emitente, comprovada a autenticidade das assinaturas de todos os endossantes.

§ 3º Caso o título original contenha o nome do primitivo proprietário, tem direito o adquirente a obter do emitente novo título, em seu nome, devendo a emissão do novo título constar no registro do emitente.

Art. 924. Ressalvada proibição legal, pode o título nominativo ser transformado em à ordem ou ao portador, a pedido do proprietário e à sua custa.

Art. 925. Fica desonerado de responsabilidade o emitente que de boa-fé fizer a transferência pelos modos indicados nos artigos antecedentes.

Art. 926. Qualquer negócio ou medida judicial, que tenha por objeto o título, só produz efeito perante o emitente ou terceiros, uma vez feita a competente averbação no registro do emitente.

2. ª Parte

TÍTULOX
Das Preferências e Privilégios Creditórios

Art. 955. Procede-se à declaração de insolvência toda vez que as dívidas excedam à importância dos bens do devedor.

Art. 956. A discussão entre os credores pode versar quer sobre a preferência entre eles disputada, quer sobre a nulidade, simulação, fraude, ou falsidade das dívidas e contratos.

Art. 957. Não havendo título legal à preferência, terão os credores igual direito sobre os bens do devedor comum.

Art. 958. Os títulos legais de preferência são os privilégios e os direitos reais.

Art. 959. Conservam seus respectivos direitos os credores, hipotecários ou privilegiados:

I - sobre o preço do seguro da coisa gravada com hipoteca ou privilégio, ou sobre a indenização devida, havendo responsável pela perda ou danificação da coisa;

II - sobre o valor da indenização, se a coisa obrigada a hipoteca ou privilégio for desapropriada.

Art. 960. Nos casos a que se refere o artigo antecedente, o devedor do seguro, ou da indenização, exonera-se pagando sem oposição dos credores hipotecários ou privilegiados.

Art. 961. O crédito real prefere ao pessoal de qualquer espécie; o crédito pessoal privilegiado, ao simples; e o privilégio especial, ao geral.

Art. 962. Quando concorrerem aos mesmos bens, e por título igual, dois ou mais credores da mesma classe especialmente privilegiados, haverá entre eles rateio proporcional ao valor dos respectivos créditos, se o produto não bastar para o pagamento integral de todos.

Art. 963. O privilégio especial só compreende os bens sujeitos, por expressa disposição de lei, ao pagamento do crédito que ele favorece; e o geral, todos os bens não sujeitos a crédito real nem a privilégio especial.

Art. 964. Têm privilégio especial:

I - sobre a coisa arrecadada e liquidada, o credor de custas e despesas judiciais feitas com a arrecadação e liquidação;

II - sobre a coisa salvada, o credor por despesas de salvamento;

III - sobre a coisa beneficiada, o credor por benfeitorias necessárias ou úteis;

IV - sobre os prédios rústicos ou urbanos, fábricas, oficinas, ou quaisquer outras construções, o credor de materiais, dinheiro, ou serviços para a sua edificação, reconstrução, ou melhoramento;

V - sobre os frutos agrícolas, o credor por sementes, instrumentos e serviços à cultura, ou à colheita;

VI - sobre as alfaias e utensílios de uso doméstico, nos prédios rústicos ou urbanos, o credor de aluguéis, quanto às prestações do ano corrente e do anterior;

VII - sobre os exemplares da obra existente na massa do editor, o autor dela, ou seus legítimos representantes, pelo crédito fundado contra aquele no contrato da edição;

VIII - sobre o produto da colheita, para a qual houver concorrido com o seu trabalho, e precipuamente a quaisquer outros créditos, ainda que reais, o trabalhador agrícola, quanto à dívida dos seus salários.

Art. 965. Goza de privilégio geral, na ordem seguinte, sobre os bens do devedor:

I - o crédito por despesa de seu funeral, feito segundo a condição do morto e o costume do lugar;

II - o crédito por custas judiciais, ou por despesas com a arrecadação e liquidação da massa;

III - o crédito por despesas com o luto do cônjuge sobrevivo e dos filhos do devedor falecido, se foram moderadas;

IV - o crédito por despesas com a doença de que faleceu o devedor, no semestre anterior à sua morte;

V - o crédito pelos gastos necessários à mantença do devedor falecido e sua família, no trimestre anterior ao falecimento;

VI - o crédito pelos impostos devidos à Fazenda Pública, no ano corrente e no anterior;

VII - o crédito pelos salários dos empregados do serviço doméstico do devedor, nos seus derradeiros seis meses de vida;

VIII - os demais créditos de privilégio geral.

3. ª PARTE

LIVROII
Do Direito de Empresa

TÍTULOI
Do Empresário

CAPÍTULOI
Da Caracterização e da Inscrição

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

Art. 968. A inscrição do empresário far-se-á mediante requerimento que contenha:

I - o seu nome, nacionalidade, domicílio, estado civil e, se casado, o regime de bens;

II - a firma, com a respectiva assinatura autógrafa;

III - o capital;

IV - o objeto e a sede da empresa.

§ 1º Com as indicações estabelecidas neste artigo, a inscrição será tomada por termo no livro próprio do Registro Público de Empresas Mercantis, e obedecerá a número de ordem contínuo para todos os empresários inscritos.

§ 2º À margem da inscrição, e com as mesmas formalidades, serão averbadas quaisquer modificações nela ocorrentes.

Art. 969. O empresário que instituir sucursal, filial ou agência, em lugar sujeito à jurisdição de outro Registro Público de Empresas Mercantis, neste deverá também inscrevê-la, com a prova da inscrição originária.

Parágrafo único. Em qualquer caso, a constituição do estabelecimento secundário deverá ser averbada no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede.

Art. 970. A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes.

Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

CAPÍTULOII
Da Capacidade

Art. 972. Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos.

Art. 973. A pessoa legalmente impedida de exercer atividade própria de empresário, se a exercer, responderá pelas obrigações contraídas.

Art. 974. Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança.

§ 1º Nos casos deste artigo, precederá autorização judicial, após exame das circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência em continuá-la, podendo a autorização ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros.

§ 2º Não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização.

Art. 975. Se o representante ou assistente do incapaz for pessoa que, por disposição de lei, não puder exercer atividade de empresário, nomeará, com a aprovação do juiz, um ou mais gerentes.

§ 1º Do mesmo modo será nomeado gerente em todos os casos em que o juiz entender ser conveniente.

§ 2º A aprovação do juiz não exime o representante ou assistente do menor ou do interdito da responsabilidade pelos atos dos gerentes nomeados.

Art. 976. A prova da emancipação e da autorização do incapaz, nos casos do art. 974, e a de eventual revogação desta, serão inscritas ou averbadas no Registro Público de Empresas Mercantis.

Parágrafo único. O uso da nova firma caberá, conforme o caso, ao gerente; ou ao representante do incapaz; ou a este, quando puder ser autorizado.

Art. 977. Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória.

Art. 978. O empresário casado pode, sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real.

Art. 979. Além de no Registro Civil, serão arquivados e averbados, no Registro Público de Empresas Mercantis, os pactos e declarações antenupciais do empresário, o título de doação, herança, ou legado, de bens clausulados de incomunicabilidade ou inalienabilidade.

Art. 980. A sentença que decretar ou homologar a separação judicial do empresário e o ato de reconciliação não podem ser opostos a terceiros, antes de arquivados e averbados no Registro Público de Empresas Mercantis.

TÍTULOII
Da Sociedade

CAPÍTULOÚNICO
Disposições Gerais

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

Art. 983. A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias.

Parágrafo único. Ressalvam-se as disposições concernentes à sociedade em conta de participação e à cooperativa, bem como as constantes de leis especiais que, para o exercício de certas atividades, imponham a constituição da sociedade segundo determinado tipo.

Art. 984. A sociedade que tenha por objeto o exercício de atividade própria de empresário rural e seja constituída, ou transformada, de acordo com um dos tipos de sociedade empresária, pode, com as formalidades do art. 968, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da sua sede, caso em que, depois de inscrita, ficará equiparada, para todos os efeitos, à sociedade empresária.

Parágrafo único. Embora já constituída a sociedade segundo um daqueles tipos, o pedido de inscrição se subordinará, no que for aplicável, às normas que regem a transformação.

Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).

SUBTÍTULOI
Da Sociedade Não Personificada

CAPÍTULOI
Da Sociedade em Comum

Art. 986. Enquanto não inscritos os atos constitutivos, reger-se-á a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples.

Art. 987. Os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo.

Art. 988. Os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum.

Art. 989. Os bens sociais respondem pelos atos de gestão praticados por qualquer dos sócios, salvo pacto expresso limitativo de poderes, que somente terá eficácia contra o terceiro que o conheça ou deva conhecer.

Art. 990. Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade.

CAPÍTULOII
Da Sociedade em Conta de Participação

Art. 991. Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes.

Parágrafo único. Obriga-se perante terceiro tão-somente o sócio ostensivo; e, exclusivamente perante este, o sócio participante, nos termos do contrato social.

Art. 992. A constituição da sociedade em conta de participação independe de qualquer formalidade e pode provar-se por todos os meios de direito.

Art. 993. O contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade.

Parágrafo único. Sem prejuízo do direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, o sócio participante não pode tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de responder solidariamente com este pelas obrigações em que intervier.

Art. 994. A contribuição do sócio participante constitui, com a do sócio ostensivo, patrimônio especial, objeto da conta de participação relativa aos negócios sociais.

§ 1º A especialização patrimonial somente produz efeitos em relação aos sócios.

§ 2º A falência do sócio ostensivo acarreta a dissolução da sociedade e a liquidação da respectiva conta, cujo saldo constituirá crédito quirografário.

§ 3º Falindo o sócio participante, o contrato social fica sujeito às normas que regulam os efeitos da falência nos contratos bilaterais do falido.

Art. 995. Salvo estipulação em contrário, o sócio ostensivo não pode admitir novo sócio sem o consentimento expresso dos demais.

Art. 996. Aplica-se à sociedade em conta de participação, subsidiariamente e no que com ela for compatível, o disposto para a sociedade simples, e a sua liquidação rege-se pelas normas relativas à prestação de contas, na forma da lei processual.

Parágrafo único. Havendo mais de um sócio ostensivo, as respectivas contas serão prestadas e julgadas no mesmo processo.

SUBTÍTULOII
Da Sociedade Personificada

CAPÍTULOI
Da Sociedade Simples

SeçãoI
Do Contrato Social

Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:

I - nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas;

II - denominação, objeto, sede e prazo da sociedade;

III - capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária;

IV - a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la;

V - as prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços;

VI - as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições;

VII - a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas;

VIII - se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.

Parágrafo único. É ineficaz em relação a terceiros qualquer pacto separado, contrário ao disposto no instrumento do contrato.

Art. 998. Nos trinta dias subseqüentes à sua constituição, a sociedade deverá requerer a inscrição do contrato social no Registro Civil das Pessoas Jurídicas do local de sua sede.

§ 1º O pedido de inscrição será acompanhado do instrumento autenticado do contrato, e, se algum sócio nele houver sido representado por procurador, o da respectiva procuração, bem como, se for o caso, da prova de autorização da autoridade competente.

§ 2º Com todas as indicações enumeradas no artigo antecedente, será a inscrição tomada por termo no livro de registro próprio, e obedecerá a número de ordem contínua para todas as sociedades inscritas.

Art. 999. As modificações do contrato social, que tenham por objeto matéria indicada no art. 997, dependem do consentimento de todos os sócios; as demais podem ser decididas por maioria absoluta de votos, se o contrato não determinar a necessidade de deliberação unânime.

Parágrafo único. Qualquer modificação do contrato social será averbada, cumprindo-se as formalidades previstas no artigo antecedente.

Art. 1.000. A sociedade simples que instituir sucursal, filial ou agência na circunscrição de outro Registro Civil das Pessoas Jurídicas, neste deverá também inscrevê-la, com a prova da inscrição originária.

Parágrafo único. Em qualquer caso, a constituição da sucursal, filial ou agência deverá ser averbada no Registro Civil da respectiva sede.

SeçãoII
Dos Direitos e Obrigações dos Sócios

Art. 1.001. As obrigações dos sócios começam imediatamente com o contrato, se este não fixar outra data, e terminam quando, liquidada a sociedade, se extinguirem as responsabilidades sociais.

Art. 1.002. O sócio não pode ser substituído no exercício das suas funções, sem o consentimento dos demais sócios, expresso em modificação do contrato social.

Art. 1.003. A cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade.

Parágrafo único. Até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio.

Art. 1.004. Os sócios são obrigados, na forma e prazo previstos, às contribuições estabelecidas no contrato social, e aquele que deixar de fazê-lo, nos trinta dias seguintes ao da notificação pela sociedade, responderá perante esta pelo dano emergente da mora.

Parágrafo único. Verificada a mora, poderá a maioria dos demais sócios preferir, à indenização, a exclusão do sócio remisso, ou reduzir-lhe a quota ao montante já realizado, aplicando-se, em ambos os casos, o disposto no § 1º do art. 1.031.

Art. 1.005. O sócio que, a título de quota social, transmitir domínio, posse ou uso, responde pela evicção; e pela solvência do devedor, aquele que transferir crédito.

Art. 1.006. O sócio, cuja contribuição consista em serviços, não pode, salvo convenção em contrário, empregar-se em atividade estranha à sociedade, sob pena de ser privado de seus lucros e dela excluído.

Art. 1.007. Salvo estipulação em contrário, o sócio participa dos lucros e das perdas, na proporção das respectivas quotas, mas aquele, cuja contribuição consiste em serviços, somente participa dos lucros na proporção da média do valor das quotas.

Art. 1.008. É nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas.

Art. 1.009. A distribuição de lucros ilícitos ou fictícios acarreta responsabilidade solidária dos administradores que a realizarem e dos sócios que os receberem, conhecendo ou devendo conhecer-lhes a ilegitimidade.

SeçãoIII
Da Administração

Art. 1.010. Quando, por lei ou pelo contrato social, competir aos sócios decidir sobre os negócios da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, contados segundo o valor das quotas de cada um.

§ 1º Para formação da maioria absoluta são necessários votos correspondentes a mais de metade do capital.

§ 2º Prevalece a decisão sufragada por maior número de sócios no caso de empate, e, se este persistir, decidirá o juiz.

§ 3º Responde por perdas e danos o sócio que, tendo em alguma operação interesse contrário ao da sociedade, participar da deliberação que a aprove graças a seu voto.

Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

§ 1º Não podem ser administradores, além das pessoas impedidas por lei especial, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação.

§ 2º Aplicam-se à atividade dos administradores, no que couber, as disposições concernentes ao mandato.

Art. 1.012. O administrador, nomeado por instrumento em separado, deve averbá-lo à margem da inscrição da sociedade, e, pelos atos que praticar, antes de requerer a averbação, responde pessoal e solidariamente com a sociedade.

Art. 1.013. A administração da sociedade, nada dispondo o contrato social, compete separadamente a cada um dos sócios.

§ 1º Se a administração competir separadamente a vários administradores, cada um pode impugnar operação pretendida por outro, cabendo a decisão aos sócios, por maioria de votos.

§ 2º Responde por perdas e danos perante a sociedade o administrador que realizar operações, sabendo ou devendo saber que estava agindo em desacordo com a maioria.

Art. 1.014. Nos atos de competência conjunta de vários administradores, torna-se necessário o concurso de todos, salvo nos casos urgentes, em que a omissão ou retardo das providências possa ocasionar dano irreparável ou grave.

Art. 1.015. No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir.

Parágrafo único. O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses:

I - se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade;

II - provando-se que era conhecida do terceiro;

III - tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.

Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.

Art. 1.017. O administrador que, sem consentimento escrito dos sócios, aplicar créditos ou bens sociais em proveito próprio ou de terceiros, terá de restituí-los à sociedade, ou pagar o equivalente, com todos os lucros resultantes, e, se houver prejuízo, por ele também responderá.

Parágrafo único. Fica sujeito às sanções o administrador que, tendo em qualquer operação interesse contrário ao da sociedade, tome parte na correspondente deliberação.

Art. 1.018. Ao administrador é vedado fazer-se substituir no exercício de suas funções, sendo-lhe facultado, nos limites de seus poderes, constituir mandatários da sociedade, especificados no instrumento os atos e operações que poderão praticar.

Art. 1.019. São irrevogáveis os poderes do sócio investido na administração por cláusula expressa do contrato social, salvo justa causa, reconhecida judicialmente, a pedido de qualquer dos sócios.

Parágrafo único. São revogáveis, a qualquer tempo, os poderes conferidos a sócio por ato separado, ou a quem não seja sócio.

Art. 1.020. Os administradores são obrigados a prestar aos sócios contas justificadas de sua administração, e apresentar-lhes o inventário anualmente, bem como o balanço patrimonial e o de resultado econômico.

Art. 1.021. Salvo estipulação que determine época própria, o sócio pode, a qualquer tempo, examinar os livros e documentos, e o estado da caixa e da carteira da sociedade.

SeçãoIV
Das Relações com Terceiros

Art. 1.022. A sociedade adquire direitos, assume obrigações e procede judicialmente, por meio de administradores com poderes especiais, ou, não os havendo, por intermédio de qualquer administrador.

Art. 1.023. Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária.

Art. 1.024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.

Art. 1.025. O sócio, admitido em sociedade já constituída, não se exime das dívidas sociais anteriores à admissão.

Art. 1.026. O credor particular de sócio pode, na insuficiência de outros bens do devedor, fazer recair a execução sobre o que a este couber nos lucros da sociedade, ou na parte que lhe tocar em liquidação.

Parágrafo único. Se a sociedade não estiver dissolvida, pode o credor requerer a liquidação da quota do devedor, cujo valor, apurado na forma do art. 1.031, será depositado em dinheiro, no juízo da execução, até noventa dias após aquela liquidação.

Art. 1.027. Os herdeiros do cônjuge de sócio, ou o cônjuge do que se separou judicialmente, não podem exigir desde logo a parte que lhes couber na quota social, mas concorrer à divisão periódica dos lucros, até que se liquide a sociedade.

SeçãoV
Da Resolução da Sociedade em Relação a um Sócio

Art. 1.028. No caso de morte de sócio, liquidar-se-á sua quota, salvo:

I - se o contrato dispuser diferentemente;

II - se os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade;

III - se, por acordo com os herdeiros, regular-se a substituição do sócio falecido.

Art. 1.029. Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa.

Parágrafo único. Nos trinta dias subseqüentes à notificação, podem os demais sócios optar pela dissolução da sociedade.

Art. 1.030. Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente.

Parágrafo único. Será de pleno direito excluído da sociedade o sócio declarado falido, ou aquele cuja quota tenha sido liquidada nos termos do parágrafo único do art. 1.026.

Art. 1.031. Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado.

§ 1º O capital social sofrerá a correspondente redução, salvo se os demais sócios suprirem o valor da quota.

§ 2º A quota liquidada será paga em dinheiro, no prazo de noventa dias, a partir da liquidação, salvo acordo, ou estipulação contratual em contrário.

Art. 1.032. A retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação.

SeçãoVI
Da Dissolução

Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer:

I - o vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado;

II - o consenso unânime dos sócios;

III - a deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade de prazo indeterminado;

IV - a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias;

V - a extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar.

Art. 1.034. A sociedade pode ser dissolvida judicialmente, a requerimento de qualquer dos sócios, quando:

I - anulada a sua constituição;

II - exaurido o fim social, ou verificada a sua inexeqüibilidade.

Art. 1.035. O contrato pode prever outras causas de dissolução, a serem verificadas judicialmente quando contestadas.

Art. 1.036. Ocorrida a dissolução, cumpre aos administradores providenciar imediatamente a investidura do liquidante, e restringir a gestão própria aos negócios inadiáveis, vedadas novas operações, pelas quais responderão solidária e ilimitadamente.

Parágrafo único. Dissolvida de pleno direito a sociedade, pode o sócio requerer, desde logo, a liquidação judicial.

Art. 1.037. Ocorrendo a hipótese prevista no inciso V do art. 1.033, o Ministério Público, tão logo lhe comunique a autoridade competente, promoverá a liquidação judicial da sociedade, se os administradores não o tiverem feito nos trinta dias seguintes à perda da autorização, ou se o sócio não houver exercido a faculdade assegurada no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único. Caso o Ministério Público não promova a liquidação judicial da sociedade nos quinze dias subseqüentes ao recebimento da comunicação, a autoridade competente para conceder a autorização nomeará interventor com poderes para requerer a medida e administrar a sociedade até que seja nomeado o liquidante.

Art. 1.038. Se não estiver designado no contrato social, o liquidante será eleito por deliberação dos sócios, podendo a escolha recair em pessoa estranha à sociedade.

§ 1º O liquidante pode ser destituído, a todo tempo:

I - se eleito pela forma prevista neste artigo, mediante deliberação dos sócios;

II - em qualquer caso, por via judicial, a requerimento de um ou mais sócios, ocorrendo justa causa.

§ 2º A liquidação da sociedade se processa de conformidade com o disposto no Capítulo IX, deste Subtítulo.

CAPÍTULOII
Da Sociedade em Nome Coletivo

Art. 1.039. Somente pessoas físicas podem tomar parte na sociedade em nome coletivo, respondendo todos os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais.

Parágrafo único. Sem prejuízo da responsabilidade perante terceiros, podem os sócios, no ato constitutivo, ou por unânime convenção posterior, limitar entre si a responsabilidade de cada um.

Art. 1.040. A sociedade em nome coletivo se rege pelas normas deste Capítulo e, no que seja omisso, pelas do Capítulo antecedente.

Art. 1.041. O contrato deve mencionar, além das indicações referidas no art. 997, a firma social.

Art. 1.042. A administração da sociedade compete exclusivamente a sócios, sendo o uso da firma, nos limites do contrato, privativo dos que tenham os necessários poderes.

Art. 1.043. O credor particular de sócio não pode, antes de dissolver-se a sociedade, pretender a liquidação da quota do devedor.

Parágrafo único. Poderá fazê-lo quando:

I - a sociedade houver sido prorrogada tacitamente;

II - tendo ocorrido prorrogação contratual, for acolhida judicialmente oposição do credor, levantada no prazo de noventa dias, contado da publicação do ato dilatório.

Art. 1.044. A sociedade se dissolve de pleno direito por qualquer das causas enumeradas no art. 1.033 e, se empresária, também pela declaração da falência.

CAPÍTULOIII
Da Sociedade em Comandita Simples

Art. 1.045. Na sociedade em comandita simples tomam parte sócios de duas categorias: os comanditados, pessoas físicas, responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais; e os comanditários, obrigados somente pelo valor de sua quota.

Parágrafo único. O contrato deve discriminar os comanditados e os comanditários.

Art. 1.046. Aplicam-se à sociedade em comandita simples as normas da sociedade em nome coletivo, no que forem compatíveis com as deste Capítulo.

Parágrafo único. Aos comanditados cabem os mesmos direitos e obrigações dos sócios da sociedade em nome coletivo.

Art. 1.047. Sem prejuízo da faculdade de participar das deliberações da sociedade e de lhe fiscalizar as operações, não pode o comanditário praticar qualquer ato de gestão, nem ter o nome na firma social, sob pena de ficar sujeito às responsabilidades de sócio comanditado.

Parágrafo único. Pode o comanditário ser constituído procurador da sociedade, para negócio determinado e com poderes especiais.

Art. 1.048. Somente após averbada a modificação do contrato, produz efeito, quanto a terceiros, a diminuição da quota do comanditário, em conseqüência de ter sido reduzido o capital social, sempre sem prejuízo dos credores preexistentes.

Art. 1.049. O sócio comanditário não é obrigado à reposição de lucros recebidos de boa-fé e de acordo com o balanço.

Parágrafo único. Diminuído o capital social por perdas supervenientes, não pode o comanditário receber quaisquer lucros, antes de reintegrado aquele.

Art. 1.050. No caso de morte de sócio comanditário, a sociedade, salvo disposição do contrato, continuará com os seus sucessores, que designarão quem os represente.

Art. 1.051. Dissolve-se de pleno direito a sociedade:

I - por qualquer das causas previstas no art. 1.044;

II - quando por mais de cento e oitenta dias perdurar a falta de uma das categorias de sócio.

Parágrafo único. Na falta de sócio comanditado, os comanditários nomearão administrador provisório para praticar, durante o período referido no inciso II e sem assumir a condição de sócio, os atos de administração.

CAPÍTULOIV
Da Sociedade Limitada

SeçãoI
Disposições Preliminares

Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples.

Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.

Art. 1.054. O contrato mencionará, no que couber, as indicações do art. 997, e, se for o caso, a firma social.

SeçãoII
Das Quotas

Art. 1.055. O capital social divide-se em quotas, iguais ou desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio.

§ 1º Pela exata estimação de bens conferidos ao capital social respondem solidariamente todos os sócios, até o prazo de cinco anos da data do registro da sociedade.

§ 2º É vedada contribuição que consista em prestação de serviços.

Art. 1.056. A quota é indivisível em relação à sociedade, salvo para efeito de transferência, caso em que se observará o disposto no artigo seguinte.

§ 1º No caso de condomínio de quota, os direitos a ela inerentes somente podem ser exercidos pelo condômino representante, ou pelo inventariante do espólio de sócio falecido.

§ 2º Sem prejuízo do disposto no art. 1.052, os condôminos de quota indivisa respondem solidariamente pelas prestações necessárias à sua integralização.

Art. 1.057. Na omissão do contrato, o sócio pode ceder sua quota, total ou parcialmente, a quem seja sócio, independentemente de audiência dos outros, ou a estranho, se não houver oposição de titulares de mais de um quarto do capital social.

Parágrafo único. A cessão terá eficácia quanto à sociedade e terceiros, inclusive para os fins do parágrafo único do art. 1.003, a partir da averbação do respectivo instrumento, subscrito pelos sócios anuentes.

Art. 1.058. Não integralizada a quota de sócio remisso, os outros sócios podem, sem prejuízo do disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, tomá-la para si ou transferi-la a terceiros, excluindo o primitivo titular e devolvendo-lhe o que houver pago, deduzidos os juros da mora, as prestações estabelecidas no contrato mais as despesas.

Art. 1.059. Os sócios serão obrigados à reposição dos lucros e das quantias retiradas, a qualquer título, ainda que autorizados pelo contrato, quando tais lucros ou quantia se distribuírem com prejuízo do capital.

SeçãoIII
Da Administração

Art. 1.060. A sociedade limitada é administrada por uma ou mais pessoas designadas no contrato social ou em ato separado.

Parágrafo único. A administração atribuída no contrato a todos os sócios não se estende de pleno direito aos que posteriormente adquiram essa qualidade.

Art. 1.061. Se o contrato permitir administradores não sócios, a designação deles dependerá de aprovação da unanimidade dos sócios, enquanto o capital não estiver integralizado, e de dois terços, no mínimo, após a integralização.

Art. 1.062. O administrador designado em ato separado investir-se-á no cargo mediante termo de posse no livro de atas da administração.

§ 1º Se o termo não for assinado nos trinta dias seguintes à designação, esta se tornará sem efeito.

§ 2º Nos dez dias seguintes ao da investidura, deve o administrador requerer seja averbada sua nomeação no registro competente, mencionando o seu nome, nacionalidade, estado civil, residência, com exibição de documento de identidade, o ato e a data da nomeação e o prazo de gestão.

Art. 1.063. O exercício do cargo de administrador cessa pela destituição, em qualquer tempo, do titular, ou pelo término do prazo se, fixado no contrato ou em ato separado, não houver recondução.

§ 1º Tratando-se de sócio nomeado administrador no contrato, sua destituição somente se opera pela aprovação de titulares de quotas correspondentes, no mínimo, a dois terços do capital social, salvo disposição contratual diversa.

§ 2º A cessação do exercício do cargo de administrador deve ser averbada no registro competente, mediante requerimento apresentado nos dez dias seguintes ao da ocorrência.

§ 3º A renúncia de administrador torna-se eficaz, em relação à sociedade, desde o momento em que esta toma conhecimento da comunicação escrita do renunciante; e, em relação a terceiros, após a averbação e publicação.

Art. 1.064. O uso da firma ou denominação social é privativo dos administradores que tenham os necessários poderes.

Art. 1.065. Ao término de cada exercício social, proceder-se-á à elaboração do inventário, do balanço patrimonial e do balanço de resultado econômico.

SeçãoIV
Do Conselho Fiscal

Art. 1.066. Sem prejuízo dos poderes da assembléia dos sócios, pode o contrato instituir conselho fiscal composto de três ou mais membros e respectivos suplentes, sócios ou não, residentes no País, eleitos na assembléia anual prevista no art. 1.078.

§ 1º Não podem fazer parte do conselho fiscal, além dos inelegíveis enumerados no § 1º do art. 1.011, os membros dos demais órgãos da sociedade ou de outra por ela controlada, os empregados de quaisquer delas ou dos respectivos administradores, o cônjuge ou parente destes até o terceiro grau.

§ 2º É assegurado aos sócios minoritários, que representarem pelo menos um quinto do capital social, o direito de eleger, separadamente, um dos membros do conselho fiscal e o respectivo suplente.

Art. 1.067. O membro ou suplente eleito, assinando termo de posse lavrado no livro de atas e pareceres do conselho fiscal, em que se mencione o seu nome, nacionalidade, estado civil, residência e a data da escolha, ficará investido nas suas funções, que exercerá, salvo cessação anterior, até a subseqüente assembléia anual.

Parágrafo único. Se o termo não for assinado nos trinta dias seguintes ao da eleição, esta se tornará sem efeito.

Art. 1.068. A remuneração dos membros do conselho fiscal será fixada, anualmente, pela assembléia dos sócios que os eleger.

Art. 1.069. Além de outras atribuições determinadas na lei ou no contrato social, aos membros do conselho fiscal incumbem, individual ou conjuntamente, os deveres seguintes:

I - examinar, pelo menos trimestralmente, os livros e papéis da sociedade e o estado da caixa e da carteira, devendo os administradores ou liquidantes prestar-lhes as informações solicitadas;

II - lavrar no livro de atas e pareceres do conselho fiscal o resultado dos exames referidos no inciso I deste artigo;

III - exarar no mesmo livro e apresentar à assembléia anual dos sócios parecer sobre os negócios e as operações sociais do exercício em que servirem, tomando por base o balanço patrimonial e o de resultado econômico;

IV - denunciar os erros, fraudes ou crimes que descobrirem, sugerindo providências úteis à sociedade;

V - convocar a assembléia dos sócios se a diretoria retardar por mais de trinta dias a sua convocação anual, ou sempre que ocorram motivos graves e urgentes;

VI - praticar, durante o período da liquidação da sociedade, os atos a que se refere este artigo, tendo em vista as disposições especiais reguladoras da liquidação.

Art. 1.070. As atribuições e poderes conferidos pela lei ao conselho fiscal não podem ser outorgados a outro órgão da sociedade, e a responsabilidade de seus membros obedece à regra que define a dos administradores (art. 1.016).

Parágrafo único. O conselho fiscal poderá escolher para assisti-lo no exame dos livros, dos balanços e das contas, contabilista legalmente habilitado, mediante remuneração aprovada pela assembléia dos sócios.

SeçãoV
Das Deliberações dos Sócios

Art. 1.071. Dependem da deliberação dos sócios, além de outras matérias indicadas na lei ou no contrato:

I - a aprovação das contas da administração;

II - a designação dos administradores, quando feita em ato separado;

III - a destituição dos administradores;

IV - o modo de sua remuneração, quando não estabelecido no contrato;

V - a modificação do contrato social;

VI - a incorporação, a fusão e a dissolução da sociedade, ou a cessação do estado de liquidação;

VII - a nomeação e destituição dos liquidantes e o julgamento das suas contas;

VIII - o pedido de concordata.

Art. 1.072. As deliberações dos sócios, obedecido o disposto no art. 1.010, serão tomadas em reunião ou em assembléia, conforme previsto no contrato social, devendo ser convocadas pelos administradores nos casos previstos em lei ou no contrato.

§ 1º A deliberação em assembléia será obrigatória se o número dos sócios for superior a dez.

§ 2º Dispensam-se as formalidades de convocação previstas no § 3º do art. 1.152, quando todos os sócios comparecerem ou se declararem, por escrito, cientes do local, data, hora e ordem do dia.

§ 3º A reunião ou a assembléia tornam-se dispensáveis quando todos os sócios decidirem, por escrito, sobre a matéria que seria objeto delas.

§ 4º No caso do inciso VIII do artigo antecedente, os administradores, se houver urgência e com autorização de titulares de mais da metade do capital social, podem requerer concordata preventiva.

§ 5º As deliberações tomadas de conformidade com a lei e o contrato vinculam todos os sócios, ainda que ausentes ou dissidentes.

§ 6º Aplica-se às reuniões dos sócios, nos casos omissos no contrato, o disposto na presente Seção sobre a assembléia.

Art. 1.073. A reunião ou a assembléia podem também ser convocadas:

I - por sócio, quando os administradores retardarem a convocação, por mais de sessenta dias, nos casos previstos em lei ou no contrato, ou por titulares de mais de um quinto do capital, quando não atendido, no prazo de oito dias, pedido de convocação fundamentado, com indicação das matérias a serem tratadas;

II - pelo conselho fiscal, se houver, nos casos a que se refere o inciso V do art. 1.069.

Art. 1.074. A assembléia dos sócios instala-se com a presença, em primeira convocação, de titulares de no mínimo três quartos do capital social, e, em segunda, com qualquer número.

§ 1º O sócio pode ser representado na assembléia por outro sócio, ou por advogado, mediante outorga de mandato com especificação dos atos autorizados, devendo o instrumento ser levado a registro, juntamente com a ata.

§ 2º Nenhum sócio, por si ou na condição de mandatário, pode votar matéria que lhe diga respeito diretamente.

Art. 1.075. A assembléia será presidida e secretariada por sócios escolhidos entre os presentes.

§ 1º Dos trabalhos e deliberações será lavrada, no livro de atas da assembléia, ata assinada pelos membros da mesa e por sócios participantes da reunião, quantos bastem à validade das deliberações, mas sem prejuízo dos que queiram assiná-la.

§ 2º Cópia da ata autenticada pelos administradores, ou pela mesa, será, nos vinte dias subseqüentes à reunião, apresentada ao Registro Público de Empresas Mercantis para arquivamento e averbação.

§ 3º Ao sócio, que a solicitar, será entregue cópia autenticada da ata.

Art. 1.076. Ressalvado o disposto no art. 1.061 e no § 1º do art. 1.063, as deliberações dos sócios serão tomadas:

I - pelos votos correspondentes, no mínimo, a três quartos do capital social, nos casos previstos nos incisos V e VI do art. 1.071;

II - pelos votos correspondentes a mais de metade do capital social, nos casos previstos nos incisos II, III, IV e VIII do art. 1.071;

III - pela maioria de votos dos presentes, nos demais casos previstos na lei ou no contrato, se este não exigir maioria mais elevada.

Art. 1.077. Quando houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra, terá o sócio que dissentiu o direito de retirar-se da sociedade, nos trinta dias subseqüentes à reunião, aplicando-se, no silêncio do contrato social antes vigente, o disposto no art. 1.031.

Art. 1.078. A assembléia dos sócios deve realizar-se ao menos uma vez por ano, nos quatro meses seguintes à ao término do exercício social, com o objetivo de:

I - tomar as contas dos administradores e deliberar sobre o balanço patrimonial e o de resultado econômico;

II - designar administradores, quando for o caso;

III - tratar de qualquer outro assunto constante da ordem do dia.

§ 1º Até trinta dias antes da data marcada para a assembléia, os documentos referidos no inciso I deste artigo devem ser postos, por escrito, e com a prova do respectivo recebimento, à disposição dos sócios que não exerçam a administração.

§ 2º Instalada a assembléia, proceder-se-á à leitura dos documentos referidos no parágrafo antecedente, os quais serão submetidos, pelo presidente, a discussão e votação, nesta não podendo tomar parte os membros da administração e, se houver, os do conselho fiscal.

§ 3º A aprovação, sem reserva, do balanço patrimonial e do de resultado econômico, salvo erro, dolo ou simulação, exonera de responsabilidade os membros da administração e, se houver, os do conselho fiscal.

§ 4º Extingue-se em dois anos o direito de anular a aprovação a que se refere o parágrafo antecedente.

Art. 1.079. Aplica-se às reuniões dos sócios, nos casos omissos no contrato, o estabelecido nesta Seção sobre a assembléia, obedecido o disposto no § 1º do art. 1.072.

Art. 1.080. As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram.

SeçãoVI
Do Aumento e da Redução do Capital

Art. 1.081. Ressalvado o disposto em lei especial, integralizadas as quotas, pode ser o capital aumentado, com a correspondente modificação do contrato.

§ 1º Até trinta dias após a deliberação, terão os sócios preferência para participar do aumento, na proporção das quotas de que sejam titulares.

§ 2º À cessão do direito de preferência, aplica-se o disposto no *caput* do art. 1.057.

§ 3º Decorrido o prazo da preferência, e assumida pelos sócios, ou por terceiros, a totalidade do aumento, haverá reunião ou assembléia dos sócios, para que seja aprovada a modificação do contrato.

Art. 1.082. Pode a sociedade reduzir o capital, mediante a correspondente modificação do contrato:

I - depois de integralizado, se houver perdas irreparáveis;

II - se excessivo em relação ao objeto da sociedade.

Art. 1.083. No caso do inciso I do artigo antecedente, a redução do capital será realizada com a diminuição proporcional do valor nominal das quotas, tornando-se efetiva a partir da averbação, no Registro Público de Empresas Mercantis, da ata da assembléia que a tenha aprovado.

Art. 1.084. No caso do inciso II do art. 1.082, a redução do capital será feita restituindo-se parte do valor das quotas aos sócios, ou dispensando-se as prestações ainda devidas, com diminuição proporcional, em ambos os casos, do valor nominal das quotas.

§ 1º No prazo de noventa dias, contado da data da publicação da ata da assembléia que aprovar a redução, o credor quirografário, por título líquido anterior a essa data, poderá opor-se ao deliberado.

§ 2º A redução somente se tornará eficaz se, no prazo estabelecido no parágrafo antecedente, não for impugnada, ou se provado o pagamento da dívida ou o depósito judicial do respectivo valor.

§ 3º Satisfeitas as condições estabelecidas no parágrafo antecedente, proceder-se-á à averbação, no

Registro Público de Empresas Mercantis, da ata que tenha aprovado a redução.

SeçãoVII
Da Resolução da Sociedade em Relação a Sócios Minoritários

Art. 1.085. Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa.

Parágrafo único. A exclusão somente poderá ser determinada em reunião ou assembléia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa.

Art. 1.086. Efetuado o registro da alteração contratual, aplicar-se-á o disposto nos arts. 1.031 e 1.032.

SeçãoVIII
Da Dissolução

Art. 1.087. A sociedade dissolve-se, de pleno direito, por qualquer das causas previstas no art. 1.044.

CAPÍTULOV
Da Sociedade Anônima

SeçãoÚnica
Da Caracterização

Art. 1.088. Na sociedade anônima ou companhia, o capital divide-se em ações, obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo preço de emissão das ações que subscrever ou adquirir.

Art. 1.089. A sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código.

CAPÍTULOVI
Da Sociedade em Comandita por Ações

Art. 1.090. A sociedade em comandita por ações tem o capital dividido em ações, regendo-se pelas normas relativas à sociedade anônima, sem prejuízo das modificações constantes deste Capítulo, e opera sob firma ou denominação.

Art. 1.091. Somente o acionista tem qualidade para administrar a sociedade e, como diretor, responde subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações da sociedade.

§ 1º Se houver mais de um diretor, serão solidariamente responsáveis, depois de esgotados os bens sociais.

§ 2º Os diretores serão nomeados no ato constitutivo da sociedade, sem limitação de tempo, e somente poderão ser destituídos por deliberação de acionistas que representem no mínimo dois terços do capital social.

§ 3º O diretor destituído ou exonerado continua, durante dois anos, responsável pelas obrigações sociais contraídas sob sua administração.

Art. 1.092. A assembléia geral não pode, sem o consentimento dos diretores, mudar o objeto essencial da sociedade, prorrogar-lhe o prazo de duração, aumentar ou diminuir o capital social, criar debêntures, ou partes beneficiárias.

CAPÍTULOVII
Da Sociedade Cooperativa

Art. 1.093. A sociedade cooperativa reger-se-á pelo disposto no presente Capítulo, ressalvada a legislação especial.

Art. 1.094. São características da sociedade cooperativa:

I - variabilidade, ou dispensa do capital social;

II - concurso de sócios em número mínimo necessário a compor a administração da sociedade, sem limitação de número máximo;

III - limitação do valor da soma de quotas do capital social que cada sócio poderá tomar;

IV - intransferibilidade das quotas do capital a terceiros estranhos à sociedade, ainda que por herança;

V - *quorum*, para a assembléia geral funcionar e deliberar, fundado no número de sócios presentes à reunião, e não no capital social representado;

VI - direito de cada sócio a um só voto nas deliberações, tenha ou não capital a sociedade, e qualquer que seja o valor de sua participação;

II - distribuição dos resultados, proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo sócio com a sociedade, podendo ser atribuído juro fixo ao capital realizado;

VIII - indivisibilidade do fundo de reserva entre os sócios, ainda que em caso de dissolução da sociedade.

Art. 1.095. Na sociedade cooperativa, a responsabilidade dos sócios pode ser limitada ou ilimitada.

§ 1º É limitada a responsabilidade na cooperativa em que o sócio responde somente pelo valor de suas quotas e pelo prejuízo verificado nas operações sociais, guardada a proporção de sua participação nas mesmas operações.

§ 2º É ilimitada a responsabilidade na cooperativa em que o sócio responde solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais.

Art. 1.096. No que a lei for omissa, aplicam-se as disposições referentes à sociedade simples, resguardadas as características estabelecidas no art. 1.094.

CAPÍTULOVIII
Das Sociedades COLigadas

Art. 1.097. Consideram-se coligadas as sociedades que, em suas relações de capital, são controladas, filiadas, ou de simples participação, na forma dos artigos seguintes.

Art. 1.098. É controlada:

I - a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores;

II - a sociedade cujo controle, referido no inciso antecedente, esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controladas.

Art. 1.099. Diz-se coligada ou filiada a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la.

Art. 1.100. É de simples participação a sociedade de cujo capital outra sociedade possua menos de dez por cento do capital com direito de voto.

Art. 1.101. Salvo disposição especial de lei, a sociedade não pode participar de outra, que seja sua sócia, por montante superior, segundo o balanço, ao das próprias reservas, excluída a reserva legal.

Parágrafo único. Aprovado o balanço em que se verifique ter sido excedido esse limite, a sociedade não poderá exercer o direito de voto correspondente às ações ou quotas em excesso, as quais devem ser alienadas nos cento e oitenta dias seguintes àquela aprovação.

CAPÍTULOIX
Da Liquidação da Sociedade

Art. 1.102. Dissolvida a sociedade e nomeado o liquidante na forma do disposto neste Livro, procede-se à sua liquidação, de conformidade com os preceitos deste Capítulo, ressalvado o disposto no ato constitutivo ou no instrumento da dissolução.

Parágrafo único. O liquidante, que não seja administrador da sociedade, investir-se-á nas funções, averbada a sua nomeação no registro próprio.

Art. 1.103. Constituem deveres do liquidante:

I - averbar e publicar a ata, sentença ou instrumento de dissolução da sociedade;

II - arrecadar os bens, livros e documentos da sociedade, onde quer que estejam;

III - proceder, nos quinze dias seguintes ao da sua investidura e com a assistência, sempre que possível, dos administradores, à elaboração do inventário e do balanço geral do ativo e do passivo;

IV - ultimar os negócios da sociedade, realizar o ativo, pagar o passivo e partilhar o remanescente entre os sócios ou acionistas;

V - exigir dos quotistas, quando insuficiente o ativo à solução do passivo, a integralização de suas quotas e, se for o caso, as quantias necessárias, nos limites da responsabilidade de cada um e proporcionalmente à respectiva participação nas perdas, repartindo-se, entre os sócios solventes e na mesma proporção, o devido pelo insolvente;

VI - convocar assembléia dos quotistas, cada seis meses, para apresentar relatório e balanço do estado da liquidação, prestando conta dos atos praticados durante o semestre, ou sempre que necessário;

VII - confessar a falência da sociedade e pedir concordata, de acordo com as formalidades prescritas para o tipo de sociedade liquidanda;

VIII - finda a liquidação, apresentar aos sócios o relatório da liquidação e as suas contas finais;

IX - averbar a ata da reunião ou da assembléia, ou o instrumento firmado pelos sócios, que considerar encerrada a liquidação.

Parágrafo único. Em todos os atos, documentos ou publicações, o liquidante empregará a firma ou denominação social sempre seguida da cláusula "em liquidação" e de sua assinatura individual, com a declaração de sua qualidade.

Art. 1.104. As obrigações e a responsabilidade do liquidante regem-se pelos preceitos peculiares às dos administradores da sociedade liquidanda.

Art. 1.105. Compete ao liquidante representar a sociedade e praticar todos os atos necessários à sua liquidação, inclusive alienar bens móveis ou imóveis, transigir, receber e dar quitação.

Parágrafo único. Sem estar expressamente autorizado pelo contrato social, ou pelo voto da maioria dos sócios, não pode o liquidante gravar de ônus reais os móveis e imóveis, contrair empréstimos, salvo quando indispensáveis ao pagamento de obrigações inadiáveis, nem prosseguir, embora para facilitar a liquidação, na atividade social.

Art. 1.106. Respeitados os direitos dos credores preferenciais, pagará o liquidante as dívidas sociais proporcionalmente, sem distinção entre vencidas e vincendas, mas, em relação a estas, com desconto.

Parágrafo único. Se o ativo for superior ao passivo, pode o liquidante, sob sua responsabilidade pessoal, pagar integralmente as dívidas vencidas.

Art. 1.107. Os sócios podem resolver, por maioria de votos, antes de ultimada a liquidação, mas depois de pagos os credores, que o liquidante faça rateios por antecipação da partilha, à medida em que se apurem os haveres sociais.

Art. 1.108. Pago o passivo e partilhado o remanescente, convocará o liquidante assembléia dos sócios para a prestação final de contas.

Art. 1.109. Aprovadas as contas, encerra-se a liquidação, e a sociedade se extingue, ao ser averbada no registro próprio a ata da assembléia.

Parágrafo único. O dissidente tem o prazo de trinta dias, a contar da publicação da ata, devidamente averbada, para promover a ação que couber.

Art. 1.110. Encerrada a liquidação, o credor não satisfeito só terá direito a exigir dos sócios, individualmente, o pagamento do seu crédito, até o limite da soma por eles recebida em partilha, e a propor contra o liquidante ação de perdas e danos.

Art. 1.111. No caso de liquidação judicial, será observado o disposto na lei processual.

Art. 1.112. No curso de liquidação judicial, o juiz convocará, se necessário, reunião ou assembléia para deliberar sobre os interesses da liquidação, e as presidirá, resolvendo sumariamente as questões suscitadas.

Parágrafo único. As atas das assembléias serão, em cópia autêntica, apensadas ao processo judicial.

CAPÍTULOX
Da Transformação, da Incorporação, da Fusão e da Cisão das Sociedades

Art. 1.113. O ato de transformação independe de dissolução ou liquidação da sociedade, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai converter-se.

Art. 1.114. A transformação depende do consentimento de todos os sócios, salvo se prevista no ato constitutivo, caso em que o dissidente poderá retirar-se da sociedade, aplicando-se, no silêncio do estatuto ou do contrato social, o disposto no art. 1.031.

Art. 1.115. A transformação não modificará nem prejudicará, em qualquer caso, os direitos dos credores.

Parágrafo único. A falência da sociedade transformada somente produzirá efeitos em relação aos sócios que, no tipo anterior, a eles estariam sujeitos, se o pedirem os titulares de créditos anteriores à transformação, e somente a estes beneficiará.

Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.

Art. 1.117. A deliberação dos sócios da sociedade incorporada deverá aprovar as bases da operação e o projeto de reforma do ato constitutivo.

§ 1º A sociedade que houver de ser incorporada tomará conhecimento desse ato, e, se o aprovar, autorizará os administradores a praticar o necessário à incorporação, inclusive a subscrição em bens pelo valor da diferença que se verificar entre o ativo e o passivo.

§ 2º A deliberação dos sócios da sociedade incorporadora compreenderá a nomeação dos peritos para a avaliação do patrimônio líquido da sociedade, que tenha de ser incorporada.

Art. 1.118. Aprovados os atos da incorporação, a incorporadora declarará extinta a incorporada, e promoverá a respectiva averbação no registro próprio.

Art. 1.119. A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações.

Art. 1.120. A fusão será decidida, na forma estabelecida para os respectivos tipos, pelas sociedades que pretendam unir-se.

§ 1º Em reunião ou assembléia dos sócios de cada sociedade, deliberada a fusão e aprovado o projeto do ato constitutivo da nova sociedade, bem como o plano de distribuição do capital social, serão nomeados os peritos para a avaliação do patrimônio da sociedade.

§ 2º Apresentados os laudos, os administradores convocarão reunião ou assembléia dos sócios para tomar conhecimento deles, decidindo sobre a constituição definitiva da nova sociedade.

§ 3º É vedado aos sócios votar o laudo de avaliação do patrimônio da sociedade de que façam parte.

Art. 1.121. Constituída a nova sociedade, aos administradores incumbe fazer inscrever, no registro próprio da sede, os atos relativos à fusão.

Art. 1.122. Até noventa dias após publicados os atos relativos à incorporação, fusão ou cisão, o credor anterior, por ela prejudicado, poderá promover judicialmente a anulação deles.

§ 1º A consignação em pagamento prejudicará a anulação pleiteada.

§ 2º Sendo ilíquida a dívida, a sociedade poderá garantir-lhe a execução, suspendendo-se o processo de anulação.

§ 3º Ocorrendo, no prazo deste artigo, a falência da sociedade incorporadora, da sociedade nova ou da cindida, qualquer credor anterior terá direito a pedir a separação dos patrimônios, para o fim de serem os créditos pagos pelos bens das respectivas massas.

CAPÍTULOXI
Da Sociedade Dependente de Autorização

SeçãoI
Disposições Gerais

Art. 1.123. A sociedade que dependa de autorização do Poder Executivo para funcionar reger-se-á por este título, sem prejuízo do disposto em lei especial.

Parágrafo único. A competência para a autorização será sempre do Poder Executivo federal.

Art. 1.124. Na falta de prazo estipulado em lei ou em ato do poder público, será considerada caduca a autorização se a sociedade não entrar em funcionamento nos doze meses seguintes à respectiva publicação.

Art. 1.125. Ao Poder Executivo é facultado, a qualquer tempo, cassar a autorização concedida a sociedade nacional ou estrangeira que infringir disposição de ordem pública ou praticar atos contrários aos fins declarados no seu estatuto.

SeçãoII
Da Sociedade Nacional

Art. 1.126. É nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração.

Parágrafo único. Quando a lei exigir que todos ou alguns sócios sejam brasileiros, as ações da sociedade anônima revestirão, no silêncio da lei, a forma nominativa. Qualquer que seja o tipo da sociedade, na sua sede ficará arquivada cópia autêntica do documento comprobatório da nacionalidade dos sócios.

Art. 1.127. Não haverá mudança de nacionalidade de sociedade brasileira sem o consentimento unânime dos sócios ou acionistas.

Art. 1.128. O requerimento de autorização de sociedade nacional deve ser acompanhado de cópia do contrato, assinada por todos os sócios, ou, tratando-se de sociedade anônima, de cópia, autenticada pelos fundadores, dos documentos exigidos pela lei especial.

Parágrafo único. Se a sociedade tiver sido constituída por escritura pública, bastará juntar-se ao requerimento a respectiva certidão.

Art. 1.129. Ao Poder Executivo é facultado exigir que se procedam a alterações ou aditamento no contrato ou no estatuto, devendo os sócios, ou, tratando-se de sociedade anônima, os fundadores, cumprir as formalidades legais para revisão dos atos constitutivos, e juntar ao processo prova regular.

Art. 1.130. Ao Poder Executivo é facultado recusar a autorização, se a sociedade não atender às condições econômicas, financeiras ou jurídicas especificadas em lei.

Art. 1.131. Expedido o decreto de autorização, cumprirá à sociedade publicar os atos referidos nos arts. 1.128 e 1.129, em trinta dias, no órgão oficial da União, cujo exemplar representará prova para inscrição, no registro próprio, dos atos constitutivos da sociedade.

Parágrafo único. A sociedade promoverá, também no órgão oficial da União e no prazo de trinta dias, a publicação do termo de inscrição.

Art. 1.132. As sociedades anônimas nacionais, que dependam de autorização do Poder Executivo para funcionar, não se constituirão sem obtê-la, quando seus fundadores pretenderem recorrer a subscrição pública para a formação do capital.

§ 1º Os fundadores deverão juntar ao requerimento cópias autênticas do projeto do estatuto e do prospecto.

§ 2º Obtida a autorização e constituída a sociedade, proceder-se-á à inscrição dos seus atos constitutivos.

Art. 1.133. Dependem de aprovação as modificações do contrato ou do estatuto de sociedade sujeita a autorização do Poder Executivo, salvo se decorrerem de aumento do capital social, em virtude de utilização de reservas ou reavaliação do ativo.

SeçãoIII
Da Sociedade Estrangeira

Art. 1.134. A sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira.

§ 1º Ao requerimento de autorização devem juntar-se:

I - prova de se achar a sociedade constituída conforme a lei de seu país;

II - inteiro teor do contrato ou do estatuto;

III - relação dos membros de todos os órgãos da administração da sociedade, com nome, nacionalidade, profissão, domicílio e, salvo quanto a ações ao portador, o valor da participação de cada um no capital da sociedade;

IV - cópia do ato que autorizou o funcionamento no Brasil e fixou o capital destinado às operações no território nacional;

V - prova de nomeação do representante no Brasil, com poderes expressos para aceitar as condições exigidas para a autorização;

VI - último balanço.

§ 2º Os documentos serão autenticados, de conformidade com a lei nacional da sociedade requerente, legalizados no consulado brasileiro da respectiva sede e acompanhados de tradução em vernáculo.

Art. 1.135. É facultado ao Poder Executivo, para conceder a autorização, estabelecer condições convenientes à defesa dos interesses nacionais.

Parágrafo único. Aceitas as condições, expedirá o Poder Executivo decreto de autorização, do qual constará o montante de capital destinado às operações no País, cabendo à sociedade promover a publicação dos atos referidos no art. 1.131 e no § 1º do art. 1.134.

Art. 1.136. A sociedade autorizada não pode iniciar sua atividade antes de inscrita no registro próprio do lugar em que se deva estabelecer.

§ 1º O requerimento de inscrição será instruído com exemplar da publicação exigida no parágrafo único do artigo antecedente, acompanhado de documento do depósito em dinheiro, em estabelecimento bancário oficial, do capital ali mencionado.

§ 2º Arquivados esses documentos, a inscrição será feita por termo em livro especial para as sociedades estrangeiras, com número de ordem contínuo para todas as sociedades inscritas; no termo constarão:

I - nome, objeto, duração e sede da sociedade no estrangeiro;

II - lugar da sucursal, filial ou agência, no País;

III - data e número do decreto de autorização;

IV - capital destinado às operações no País;

V - individuação do seu representante permanente.

§ 3º Inscrita a sociedade, promover-se-á a publicação determinada no parágrafo único do art. 1.131.

Art. 1.137. A sociedade estrangeira autorizada a funcionar ficará sujeita às leis e aos tribunais brasileiros, quanto aos atos ou operações praticados no Brasil.

Parágrafo único. A sociedade estrangeira funcionará no território nacional com o nome que tiver em seu país de origem, podendo acrescentar as palavras "do Brasil" ou "para o Brasil".

Art. 1.138. A sociedade estrangeira autorizada a funcionar é obrigada a ter, permanentemente, representante no Brasil, com poderes para resolver quaisquer questões e receber citação judicial pela sociedade.

Parágrafo único. O representante somente pode agir perante terceiros depois de arquivado e averbado o instrumento de sua nomeação.

Art. 1.139. Qualquer modificação no contrato ou no estatuto dependerá da aprovação do Poder Executivo, para produzir efeitos no território nacional.

Art. 1.140. A sociedade estrangeira deve, sob pena de lhe ser cassada a autorização, reproduzir no órgão oficial da União, e do Estado, se for o caso, as publicações que, segundo a sua lei nacional, seja obrigada a fazer relativamente ao balanço patrimonial e ao de resultado econômico, bem como aos atos de sua administração.

Parágrafo único. Sob pena, também, de lhe ser cassada a autorização, a sociedade estrangeira deverá publicar o balanço patrimonial e o de resultado econômico das sucursais, filiais ou agências existentes no País.

Art. 1.141. Mediante autorização do Poder Executivo, a sociedade estrangeira admitida a funcionar no País pode nacionalizar-se, transferindo sua sede para o Brasil.

§ 1º Para o fim previsto neste artigo, deverá a sociedade, por seus representantes, oferecer, com o requerimento, os documentos exigidos no art. 1.134, e ainda a prova da realização do capital, pela forma declarada no contrato, ou no estatuto, e do ato em que foi deliberada a nacionalização.

§ 2º O Poder Executivo poderá impor as condições que julgar convenientes à defesa dos interesses nacionais.

§ 3º Aceitas as condições pelo representante, proceder-se-á, após a expedição do decreto de autorização, à inscrição da sociedade e publicação do respectivo termo.

TÍTULOIII
Do Estabelecimento

CAPÍTULOÚNICO
DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

Art. 1.143. Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza.

Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.

Art. 1.145. Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação.

Art. 1.146. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento.

Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência.

Parágrafo único. No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato.

Art. 1.148. Salvo disposição em contrário, a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para exploração do estabelecimento, se não tiverem caráter pessoal, podendo os terceiros rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante.

Art. 1.149. A cessão dos créditos referentes ao estabelecimento transferido produzirá efeito em relação aos respectivos devedores, desde o momento da publicação da transferência, mas o devedor ficará exonerado se de boa-fé pagar ao cedente.

TÍTULOIV
Dos Institutos Complementares

CAPÍTULOI
Do Registro

Art. 1.150. O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária.

Art. 1.151. O registro dos atos sujeitos à formalidade exigida no artigo antecedente será requerido pela

pessoa obrigada em lei, e, no caso de omissão ou demora, pelo sócio ou qualquer interessado.

§ 1º Os documentos necessários ao registro deverão ser apresentados no prazo de trinta dias, contado da lavratura dos atos respectivos.

§ 2º Requerido além do prazo previsto neste artigo, o registro somente produzirá efeito a partir da data de sua concessão.

§ 3º As pessoas obrigadas a requerer o registro responderão por perdas e danos, em caso de omissão ou demora.

Art. 1.152. Cabe ao órgão incumbido do registro verificar a regularidade das publicações determinadas em lei, de acordo com o disposto nos parágrafos deste artigo.

§ 1º Salvo exceção expressa, as publicações ordenadas neste Livro serão feitas no órgão oficial da União ou do Estado, conforme o local da sede do empresário ou da sociedade, e em jornal de grande circulação.

§ 2º As publicações das sociedades estrangeiras serão feitas nos órgãos oficiais da União e do Estado onde tiverem sucursais, filiais ou agências.

§ 3º O anúncio de convocação da assembléia de sócios será publicado por três vezes, ao menos, devendo mediar, entre a data da primeira inserção e a da realização da assembléia, o prazo mínimo de oito dias, para a primeira convocação, e de cinco dias, para as posteriores.

Art. 1.153. Cumpre à autoridade competente, antes de efetivar o registro, verificar a autenticidade e a legitimidade do signatário do requerimento, bem como fiscalizar a observância das prescrições legais concernentes ao ato ou aos documentos apresentados.

Parágrafo único. Das irregularidades encontradas deve ser notificado o requerente, que, se for o caso, poderá saná-las, obedecendo às formalidades da lei.

Art. 1.154. O ato sujeito a registro, ressalvadas disposições especiais da lei, não pode, antes do cumprimento das respectivas formalidades, ser oposto a terceiro, salvo prova de que este o conhecia.

Parágrafo único. O terceiro não pode alegar ignorância, desde que cumpridas as referidas formalidades.

CAPÍTULOII
DO NOME EMPRESARIAL

Art. 1.155. Considera-se nome empresarial a firma ou a denominação adotada, de conformidade com este Capítulo, para o exercício de empresa.

Parágrafo único. Equipara-se ao nome empresarial, para os efeitos da proteção da lei, a denominação das sociedades simples, associações e fundações.

Art. 1.156. O empresário opera sob firma constituída por seu nome, completo ou abreviado, aditando-lhe, se quiser, designação mais precisa da sua pessoa ou do gênero de atividade.

Art. 1.157. A sociedade em que houver sócios de responsabilidade ilimitada operará sob firma, na qual somente os nomes daqueles poderão figurar, bastando para formá-la aditar ao nome de um deles a expressão "e companhia" ou sua abreviatura.

Parágrafo único. Ficam solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações contraídas sob a firma social aqueles que, por seus nomes, figurarem na firma da sociedade de que trata este artigo.

Art. 1.158. Pode a sociedade limitada adotar firma ou denominação, integradas pela palavra final "limitada" ou a sua abreviatura.

§ 1º A firma será composta com o nome de um ou mais sócios, desde que pessoas físicas, de modo indicativo da relação social.

§ 2º A denominação deve designar o objeto da sociedade, sendo permitido nela figurar o nome de um ou mais sócios.

§ 3º A omissão da palavra "limitada" determina a responsabilidade solidária e ilimitada dos administradores que assim empregarem a firma ou a denominação da sociedade.

Art. 1.159. A sociedade cooperativa funciona sob denominação integrada pelo vocábulo "cooperativa".

Art. 1.160. A sociedade anônima opera sob denominação designativa do objeto social, integrada pelas expressões "sociedade anônima" ou "companhia", por extenso ou abreviadamente.

Parágrafo único. Pode constar da denominação o nome do fundador, acionista, ou pessoa que haja concorrido para o bom êxito da formação da empresa.

Art. 1.161. A sociedade em comandita por ações pode, em lugar de firma, adotar denominação designativa do objeto social, aditada da expressão "comandita por ações".

Art. 1.162. A sociedade em conta de participação não pode ter firma ou denominação.

Art. 1.163. O nome de empresário deve distinguir-se de qualquer outro já inscrito no mesmo registro.

Parágrafo único. Se o empresário tiver nome idêntico ao de outros já inscritos, deverá acrescentar designação que o distinga.

Art. 1.164. O nome empresarial não pode ser objeto de alienação.

Parágrafo único. O adquirente de estabelecimento, por ato entre vivos, pode, se o contrato o permitir, usar o nome do alienante, precedido do seu próprio, com a qualificação de sucessor.

Art. 1.165. O nome de sócio que vier a falecer, for excluído ou se retirar, não pode ser conservado na firma social.

Art. 1.166. A inscrição do empresário, ou dos atos constitutivos das pessoas jurídicas, ou as respectivas averbações, no registro próprio, asseguram o uso exclusivo do nome nos limites do respectivo Estado.

Parágrafo único. O uso previsto neste artigo estender-se-á a todo o território nacional, se registrado na forma da lei especial.

Art. 1.167. Cabe ao prejudicado, a qualquer tempo, ação para anular a inscrição do nome empresarial feita com violação da lei ou do contrato.

Art. 1.168. A inscrição do nome empresarial será cancelada, a requerimento de qualquer interessado, quando cessar o exercício da atividade para que foi adotado, ou quando ultimar-se a liquidação da sociedade que o inscreveu.

CAPÍTULOIII
Dos Prepostos

SeçãoI
Disposições Gerais

Art. 1.169. O preposto não pode, sem autorização escrita, fazer-se substituir no desempenho da preposição, sob pena de responder pessoalmente pelos atos do substituto e pelas obrigações por ele contraídas.

Art. 1.170. O preposto, salvo autorização expressa, não pode negociar por conta própria ou de terceiro, nem participar, embora indiretamente, de operação do mesmo gênero da que lhe foi cometida, sob pena de responder por perdas e danos e de serem retidos pelo preponente os lucros da operação.

Art. 1.171. Considera-se perfeita a entrega de papéis, bens ou valores ao preposto, encarregado pelo preponente, se os recebeu sem protesto, salvo nos casos em que haja prazo para reclamação.

SeçãoII
Do Gerente

Art. 1.172. Considera-se gerente o preposto permanente no exercício da empresa, na sede desta, ou em sucursal, filial ou agência.

Art. 1.173. Quando a lei não exigir poderes especiais, considera-se o gerente autorizado a praticar todos os atos necessários ao exercício dos poderes que lhe foram outorgados.

Parágrafo único. Na falta de estipulação diversa, consideram-se solidários os poderes conferidos a dois ou mais gerentes.

Art. 1.174. As limitações contidas na outorga de poderes, para serem opostas a terceiros, dependem do arquivamento e averbação do instrumento no Registro Público de Empresas Mercantis, salvo se provado serem conhecidas da pessoa que tratou com o gerente.

Parágrafo único. Para o mesmo efeito e com idêntica ressalva, deve a modificação ou revogação do mandato ser arquivada e averbada no Registro Público de Empresas Mercantis.

Art. 1.175. O preponente responde com o gerente pelos atos que este pratique em seu próprio nome, mas à conta daquele.

Art. 1.176. O gerente pode estar em juízo em nome do preponente, pelas obrigações resultantes do exercício da sua função.

SeçãoIII
Do Contabilista e outros Auxiliares

Art. 1.177. Os assentos lançados nos livros ou fichas do preponente, por qualquer dos prepostos encarregados de sua escrituração, produzem, salvo se houver procedido de má-fé, os mesmos efeitos como se o fossem por aquele.

Parágrafo único. No exercício de suas funções, os prepostos são pessoalmente responsáveis, perante os preponentes, pelos atos culposos; e, perante terceiros, solidariamente com o preponente, pelos atos dolosos.

Art. 1.178. Os preponentes são responsáveis pelos atos de quaisquer prepostos, praticados nos seus estabelecimentos e relativos à atividade da empresa, ainda que não autorizados por escrito.

Parágrafo único. Quando tais atos forem praticados fora do estabelecimento, somente obrigarão o preponente nos limites dos poderes conferidos por escrito, cujo instrumento pode ser suprido pela certidão ou cópia autêntica do seu teor.

CAPÍTULOIV
Da Escrituração

Art. 1.179. O empresário e a sociedade empresária são obrigados a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico.

§ 1º Salvo o disposto no art. 1.180, o número e a espécie de livros ficam a critério dos interessados.

§ 2º É dispensado das exigências deste artigo o pequeno empresário a que se refere o art. 970.

Art. 1.180. Além dos demais livros exigidos por lei, é indispensável o Diário, que pode ser substituído por fichas no caso de escrituração mecanizada ou eletrônica.

Parágrafo único. A adoção de fichas não dispensa o uso de livro apropriado para o lançamento do balanço patrimonial e do de resultado econômico.

Art. 1.181. Salvo disposição especial de lei, os livros obrigatórios e, se for o caso, as fichas, antes de postos em uso, devem ser autenticados no Registro Público de Empresas Mercantis.

Parágrafo único. A autenticação não se fará sem que esteja inscrito o empresário, ou a sociedade empresária, que poderá fazer autenticar livros não obrigatórios.

Art. 1.182. Sem prejuízo do disposto no art. 1.174, a escrituração ficará sob a responsabilidade de contabilista legalmente habilitado, salvo se nenhum houver na localidade.

Art. 1.183. A escrituração será feita em idioma e moeda corrente nacionais e em forma contábil, por ordem cronológica de dia, mês e ano, sem intervalos em branco, nem entrelinhas, borrões, rasuras, emendas ou transportes para as margens.

Parágrafo único. É permitido o uso de código de números ou de abreviaturas, que constem de livro próprio, regularmente autenticado.

Art. 1.184. No Diário serão lançadas, com individuação, clareza e caracterização do documento respectivo, dia a dia, por escrita direta ou reprodução, todas as operações relativas ao exercício da empresa.

§ 1º Admite-se a escrituração resumida do Diário, com totais que não excedam o período de trinta dias, relativamente a contas cujas operações sejam numerosas ou realizadas fora da sede do estabelecimento, desde que utilizados livros auxiliares regularmente autenticados, para registro individualizado, e conservados os documentos que permitam a sua perfeita verificação.

§ 2º Serão lançados no Diário o balanço patrimonial e o de resultado econômico, devendo ambos ser assinados por técnico em Ciências Contábeis legalmente habilitado e pelo empresário ou sociedade empresária.

Art. 1.185. O empresário ou sociedade empresária que adotar o sistema de fichas de lançamentos poderá substituir o livro Diário pelo livro Balancetes Diários e Balanços, observadas as mesmas formalidades extrínsecas exigidas para aquele.

Art. 1.186. O livro Balancetes Diários e Balanços será escriturado de modo que registre:

I - a posição diária de cada uma das contas ou títulos contábeis, pelo respectivo saldo, em forma de balancetes diários;

II - o balanço patrimonial e o de resultado econômico, no encerramento do exercício.

Art. 1.187. Na coleta dos elementos para o inventário serão observados os critérios de avaliação a seguir determinados:

I - os bens destinados à exploração da atividade serão avaliados pelo custo de aquisição, devendo, na avaliação dos que se desgastam ou depreciam com o uso, pela ação do tempo ou outros fatores, atender-se à desvalorização respectiva, criando-se fundos de amortização para assegurar-lhes a substituição ou a conservação do valor;

II - os valores mobiliários, matéria-prima, bens destinados à alienação, ou que constituem produtos ou artigos da indústria ou comércio da empresa, podem ser estimados pelo custo de aquisição ou de fabricação, ou pelo preço corrente, sempre que este for inferior ao preço de custo, e quando o preço corrente ou venal estiver acima do valor do custo de aquisição, ou fabricação, e os bens forem avaliados pelo preço corrente, a diferença entre este e o preço de custo não será levada em conta para a distribuição de lucros, nem para as percentagens referentes a fundos de reserva;

III - o valor das ações e dos títulos de renda fixa pode ser determinado com base na respectiva cotação da Bolsa de Valores; os não cotados e as participações não acionárias serão considerados pelo seu valor de aquisição;

IV - os créditos serão considerados de conformidade com o presumível valor de realização, não se levando em conta os prescritos ou de difícil liqüidação, salvo se houver, quanto aos últimos, previsão equivalente.

Parágrafo único. Entre os valores do ativo podem figurar, desde que se preceda, anualmente, à sua amortização:

I - as despesas de instalação da sociedade, até o limite correspondente a dez por cento do capital social;

II - os juros pagos aos acionistas da sociedade anônima, no período antecedente ao início das operações sociais, à taxa não superior a doze por cento ao ano, fixada no estatuto;

III - a quantia efetivamente paga a título de aviamento de estabelecimento adquirido pelo empresário ou sociedade.

Art. 1.188. O balanço patrimonial deverá exprimir, com fidelidade e clareza, a situação real da empresa e, atendidas as peculiaridades desta, bem como as disposições das leis especiais, indicará, distintamente, o ativo e o passivo.

Parágrafo único. Lei especial disporá sobre as informações que acompanharão o balanço patrimonial, em caso de sociedades coligadas.

Art. 1.189. O balanço de resultado econômico, ou demonstração da conta de lucros e perdas, acompanhará o balanço patrimonial e dele constarão crédito e débito, na forma da lei especial.

Art. 1.190. Ressalvados os casos previstos em lei, nenhuma autoridade, juiz ou tribunal, sob qualquer pretexto, poderá fazer ou ordenar diligência para verificar se o empresário ou a sociedade empresária observam, ou não, em seus livros e fichas, as formalidades prescritas em lei.

Art. 1.191. O juiz só poderá autorizar a exibição integral dos livros e papéis de escrituração quando necessária para resolver questões relativas a sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão à conta de outrem, ou em caso de falência.

§ 1º O juiz ou tribunal que conhecer de medida cautelar ou de ação pode, a requerimento ou de ofício, ordenar que os livros de qualquer das partes, ou de ambas, sejam examinados na presença do empresário ou da sociedade empresária a que pertencerem, ou de pessoas por estes nomeadas, para deles se extrair o que interessar à questão.

§ 2º Achando-se os livros em outra jurisdição, nela se fará o exame, perante o respectivo juiz.

Art. 1.192. Recusada a apresentação dos livros, nos casos do artigo antecedente, serão apreendidos judicialmente e, no do seu § 1º, ter-se-á como verdadeiro o alegado pela parte contrária para se provar pelos livros.

Parágrafo único. A confissão resultante da recusa pode ser elidida por prova documental em contrário.

Art. 1.193. As restrições estabelecidas neste Capítulo ao exame da escrituração, em parte ou por inteiro, não se aplicam às autoridades fazendárias, no exercício da fiscalização do pagamento de impostos, nos termos estritos das respectivas leis especiais.

Art. 1.194. O empresário e a sociedade empresária são obrigados a conservar em boa guarda toda a escrituração, correspondência e mais papéis concernentes à sua atividade, enquanto não ocorrer prescrição ou decadência no tocante aos atos neles consignados.

Art. 1.195. As disposições deste Capítulo aplicam-se às sucursais, filiais ou agências, no Brasil, do empresário ou sociedade com sede em país estrangeiro.

CURSO DO PROF. DAMÁSIO A DISTÂNCIA

MÓDULO I

TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

1. INTERESSES META-INDIVIDUAIS OU TRANSINDIVIDUAIS

A tutela dos Interesses Metaindividuais (ou transindividuais) é gênero do qual os Interesses Difusos e Coletivos são espécies.

1.1. Interesses Difusos – Características

- *Titulares*: indetermináveis.
- *Ligação entre os Titulares*: meramente de fato.
- *Interesse*: indivisível.

A definição legal de Interesses Difusos está prevista no art. 81, par. ún., I, do Código de Defesa do Consumidor.

1.2. Interesses Coletivos – Características

- *Titulares*: determináveis.
- *Ligação entre os Titulares*: jurídica.
- *Interesse*: indivisível.

A definição legal de Interesses Coletivos está prevista no art. 81, par. ún., II, do Código de Defesa do Consumidor

1.3. Interesses Individuais Homogêneos – Características

- *Titulares*: determináveis, tendo em vista que somente os que têm interesse são titulares do direito.

- *Ligação entre os Titulares*: meramente de fato.

- *Interesse*: divisível devido ao fato de ser um interesse individual.

São interesses que têm a mesma origem, a mesma causa, decorrem da mesma situação ainda que sejam individuais. Se são eles homogêneos, a lei, então, permitiu que uma única ação e uma única sentença resolvesse o problema. O interesse é individual, mas a tutela é coletiva.

Existem, ainda, algumas situações que podem atingir a esfera de mais de um interesse:

1.º exemplo: A poluição na Baía de Guanabara. Que tipo de interesse foi atingido?

- *Em relação ao meio ambiente*: Interesse Difuso
- *Em relação aos pescadores*: Interesse Individual Homogêneo.
- *Em relação à cooperativa dos pescadores*: Interesse Coletivo.

2.º exemplo: Uma empresa polui um rio com mercúrio. Uma criança, ao nadar neste rio, contamina-se e vem a falecer. Que tipo de interesse foi atingido?

- *Em relação ao meio ambiente*: Interesse Difuso.
- *Em relação à criança*: Interesse Individual.

3.º exemplo: A explosão do Shopping de Osasco. Que tipo de interesse foi atingido?

- *Em relação aos consumidores*: Interesse Difuso (haveria necessidade de segurança).
- *Em relação às pessoas atingidas*: Interesse Individual Homogêneo.
- *Em relação à associação de lojistas*: Interesse Coletivo.

2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA (LEI N. 7.347/85)

Esta modalidade de ação tem por objeto os interesses difusos, os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos.

2.1. Legitimidade Ativa

A legitimidade ativa, para ingressar com a Ação Civil Pública, encontra-se expressa no art. 5.º da Lei da Ação Civil Pública.

Para alguns autores, a Ação Civil Pública tem legitimação extraordinária, tendo em vista o titular da ação ingressar para defender interesses alheios.

Há autores, no entanto, que prevêem uma terceira hipótese de legitimação: aquela em que o titular ingressa em juízo para defender interesse que, ao mesmo tempo, é seu e de outros. A esta terceira hipótese, deu-se o nome de Legitimação Ordinária Autônoma

No que tange aos interesses individuais homogêneos, não há discussão doutrinária. É unânime o entendimento de que a legitimação é extraordinária, posto que o titular defende interesse alheio.

Os legitimados, para ingressar em juízo com uma Ação Civil Pública, são:

- Ministério Público;
- Administração Direta;
- Administração Indireta (autarquias, empresas públicas, fundações públicas e sociedades de economia mista);
- Fundações Privadas;
- Associações Privadas;
- Sociedades de Fato;
- Órgãos Públicos sem personalidade jurídica.

Quanto à legitimação das Associações Privadas para ingresso em juízo com uma Ação Civil Pública, há exigência legal de preenchimento de dois requisitos:

- A Associação deve encontrar-se em funcionamento há mais de um ano;
- Que a defesa daquele interesse seja finalidade institucional de tal Associação (deve haver previsão estatutária).

Estes dois requisitos são de representatividade adequada, que nada mais é do que a legitimidade de agir.

Se houver urgência ou necessidade, a lei permite que o Juiz dispense o requisito de estar, a Associação, formada há mais de um ano para poder ingressar com Ação Civil Pública. A jurisprudência também permite ao Juiz que dispense o segundo requisito, desde que a Associação tenha atuação reconhecida na área que gerou o interesse.

A legitimidade do MP para propositura de Ação Civil Pública vem da Constituição. A legislação infraconstitucional não poderá, assim, contrariar tal legitimidade.

A CF, em seu art. 129, III, legitima o MP para promover Inquérito Civil e Ação Civil Pública, a fim de proteger o patrimônio público social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos. Em relação aos interesses difusos e coletivos, o MP tem legitimidade ampla.

Quanto aos interesses coletivos, existe uma posição doutrinária que entende ser o MP legitimado para a proteção apenas daqueles que possuem relevância social. A norma constitucional, no entanto, não faz distinção entre interesses difusos e interesses coletivos no que diz respeito à legitimidade do MP.

A CF silenciou-se quanto à legitimidade do MP na proteção dos interesses individuais homogêneos. Surgiram, então, três posições sobre o tema:

- O MP não tem legitimidade para proteger os Interesses Individuais Homogêneos, tendo em vista o silêncio da CF;
- O MP sempre tem legitimidade para proteger os Interesses Individuais Homogêneos, visto que não se deve interpretar a CF/88 tecnicamente, mas sim interpretá-la de acordo com a finalidade, incluindo-se

teleologicamente, os Interesses Individuais Homogêneos no art. 129, III;

- Posição Majoritária: O MP tem legitimidade para proteger os Interesses Individuais Homogêneos, no entanto, tal legitimidade é restrita, ou seja, só irá defender os interesses socialmente relevantes.

Nesse sentido, o Conselho Superior do MP, em São Paulo, editou a Súmula de Entendimento n. 07: "O Ministério Público tem legitimidade para defender os Interesses Individuais Homogêneos que tenham expressão para a coletividade, tais como: a) os Interesses Individuais Homogêneos que dizem respeito à saúde e segurança das pessoas; b) o acesso de crianças e adolescentes à educação; c) onde haja extraordinária dispersão dos lesados; e d) quando convenha à coletividade, o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico".

2.2. Legitimidade Passiva

Qualquer pessoa pode figurar no pólo passivo de uma Ação Civil Pública, desde que tenha provocado lesão ou causado perigo de lesão aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Existe previsão de condenação em verbas honorárias de sucumbência em Ação Civil Pública. O MP, no entanto, não poderá ser condenado em face de sua falta de personalidade jurídica.

2.3. Litisconsórcio e Assistência Litisconsorcial

Na Ação Civil Pública é possível o litisconsórcio. Isto ocorre quando tal ação encontra-se disposta no ordenamento processual civil, muito embora haja lei especial sobre a matéria.

Pode haver litisconsórcio entre o MP Estadual e o MP Federal, o que permite mais eficácia na colaboração entre cada uma das instituições do MP e evita o problema de competência.

Existe, assim, litisconsórcio entre todos os legitimados, sendo tal legitimação denominada *concorrente* ou *disjuntiva*.

Caso um dos legitimados ingressem com a Ação Civil Pública, os outros titulares não poderão ingressar com outra Ação versando sobre o mesmo objeto e o mesmo pedido, em decorrência do fenômeno da substituição processual. Neste caso, os outros legitimados poderão ingressar na Ação já proposta como litisconsortes ou assistentes litisconsorciais. Se a Ação Civil Pública tiver os mesmos titulares, porém objetos e pedidos diversos, haverá a possibilidade de ingresso em juízo com outra Ação.

Existindo uma Ação Popular, haverá possibilidade de ingresso com Ação Civil Pública versando sobre o mesmo objeto e pedido. Esta possibilidade decorre do fato de possuírem, ambas as ações, titulares distintos, ou seja, na Ação Popular o titular é qualquer cidadão e na Ação Civil Pública existe um rol de legitimados.

2.4. Intervenção do MP

O art. 5.º, § 1.º, da Lei de Ação Civil Pública dispõe sobre a obrigatoriedade da intervenção do MP como *custos legis* (fiscal da lei).

Assim sendo, em uma Ação Civil Pública, o MP assumirá a titularidade ativa (art. 5.º, § 3.º, da Lei n. 7.347/85). O MP, entretanto, não será obrigado a assumir a ação em caso de desistência. Deverá assumir apenas em caso da existência de interesse público a ser protegido, isto por conta do Princípio da Independência Funcional.

A desistência da Ação Civil Pública será possível para qualquer titular, com exceção do MP. Tal impedimento decorre da indisponibilidade do interesse público. Poderá o MP, no entanto, requerer a improcedência de ação em andamento.

2.5. Competência

A competência para propositura de Ação Civil Pública é a denominada "competência funcional absoluta", isto é, será competente para apreciação da ação proposta o juízo do local da ocorrência do dano.

Caso o dano ocorra em duas ou mais comarcas, a Ação Civil Pública poderá ser proposta em qualquer uma delas. Caso o dano atinja uma região de um Estado, a Ação deverá ser proposta na Capital deste Estado.

A CF estabelece quais os interesses da União e dispõe que, havendo dano a qualquer um deles, a Ação Civil Pública deverá ser proposta em uma das varas da Justiça Federal, com a competência ditada pelo critério territorial.

A Súmula n. 183 do STJ dispunha que *competia ao Juiz estadual, nas comarcas que não eram sede da Justiça Federal, processar e julgar a Ação Civil Pública, ainda que a União figurasse no processo.* Segundo o Prof. Hugo Nigro Mazzilli, “A Lei n. 7.347/85 não diz que cabe à Justiça Estadual processar e julgar ações civis públicas de interesse da União, nas comarcas que não sejam sede de varas federais – como pretendia a Súmula n.183 do STJ - ; assegura apenas que a competência funcional será a do foro do local do dano. Isso significa que, se se trata de questão afeta à Justiça Estadual, conhecerá e julgará a causa o Juiz estadual que tenha competência funcional sobre o local do dano; ou então, será o Juiz federal que tiver competência funcional em relação ao local do dano”. “Dirimindo a controvérsia, o plenário do STF, por unanimidade, recusou, enfim, a tese da Súmula n. 183 do STJ, e reconheceu a competência dos Juízes federais e não do Juiz estadual local, nas ações civis públicas em que seja interessada a União, entidade autárquica ou empresa pública federal”[1].

2.6. Provimento Jurisdicional

A Lei n. 7.347/85, em seu art. 3.º, dispõe que “a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”. Outrossim, a mesma Lei, em seu art. 19, prevê a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Assim, a ação poderá ser de conhecimento (meramente declaratória, constitutiva ou condenatória), executiva ou cautelar.

O instituto da tutela antecipada também é admitido nesse tipo de ação, uma vez preenchidos os requisitos legais.

[1] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 13.ª ed. São Paulo: Saraiva.

2.7. Multa Diária e Multa Liminar

As multas, como sanções pecuniárias fixadas na sentença condenatória (astreintes), serão possíveis na Ação Civil Pública. Neste tipo de ação, a multa é denominada Multa Diária. Além desta, há possibilidade de imposição, também, de Multa Liminar.

Ambas as multas serão cobradas após o trânsito em julgado da sentença; no entanto, a multa liminar será devida desde a data de sua fixação.

2.8. Coisa Julgada

O art. 16 da Lei de Ação Civil Pública dispõe que a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, ou seja, irá atingir todos os titulares do direito e interessados na questão.

Se a Ação, no entanto, for julgada improcedente por insuficiência de provas, ela não fará coisa julgada *erga omnes*, visto que poderá ser proposta novamente por qualquer dos legitimados, inclusive por aquele que perdeu a Ação, desde que apresente prova nova.

A Lei n. 9.494/97 incluiu uma expressão no art. 16 da Lei de Ação Civil Pública que ficou com a seguinte redação "(...) nos limites da competência territorial do órgão prolator". A lei, então, limitou a coisa julgada à competência territorial.

Para a doutrina majoritária, contudo, este dispositivo é ineficaz, visto que contraria o sistema da Ação Civil Pública, pois não há possibilidade de limitação de coisa julgada *erga omnes.*

Devido à inaplicabilidade deste dispositivo, os juristas têm aplicado o art. 103 do Código do Consumidor, que trata da coisa julgada na Ação Civil Pública, complementando-a. O inc. I do art. 103 do Código do Consumidor repete o art. 16 da Lei de Ação Civil Pública, sem a limitação imposta pela Lei n. 9.494/97.

Ainda não existe jurisprudência superior tratando desse assunto; no entanto, a jurisprudência de primeira instância está desprezando a limitação prevista no art. 16 da Lei de Ação Civil Pública.

O art. 103 do CDC dispõe o seguinte:

I – coisa julgada *erga omnes* (interesses difusos): repete o art. 16 da Lei de Ação Civil Pública sem a limitação territorial;

II – coisa julgada *ultra partes* (interesses coletivos): repete o inciso I, no entanto, dispõe que a coisa julgada será *ultra partes* quando os interesses forem coletivos. A coisa julgada vai além das partes processuais, atingindo somente os titulares que fazem parte da coletividade, tendo em vista serem eles determináveis.

III – coisa julgada *erga omnes* (interesses individuais homogêneos): será *erga omnes* para atingir e beneficiar todas as vítimas quando o interesse for individual homogêneo.

Par. 1.º: Os efeitos da coisa julgada não prejudicarão os interesses individuais dos integrantes da coletividade que poderão propor ação individual, ou seja, no que diz respeito aos direitos individuais, estes não

estarão vinculados à coisa julgada de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

2.9 Execução

O tipo de execução na Ação Civil Pública será aquele determinado pelo CPC. Os titulares de execução serão os mesmos que podem propor a Ação Civil Pública, desde que tenham legitimidade.

O MP tem o dever de propor a ação de execução na omissão dos demais, não existindo independência funcional, visto que o direito já foi reconhecido judicialmente (art. 15 da Lei de Ação Civil Pública).

Quando for interesse difuso ou coletivo, a indenização obtida será destinada a um Fundo de Recuperação de Interesses Metaindividuais lesados.

Esse fundo tem administração própria, inclusive com a participação do MP. É estabelecida uma divisão entre Fundo Federal e Fundo Estadual; no entanto, não há subdivisões, como fundo ambiental, fundo do consumidor, etc.

Não existirá um Fundo quando o interesse for individual homogêneo.

Na Improbidade Administrativa, no entanto, o dinheiro voltará para o erário lesado, ou seja, se foi crime contra Administração Municipal, por exemplo, os valores serão devolvidos ao erário Municipal.

.TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

1. INQUÉRITO CIVIL

Trata-se de procedimento administrativo, investigatório, de caráter pré-processual, realizado extra-judicialmente pelo MP, destinado a colher elementos para propositura de eventual ação civil pública.

O controle exercido pelo juízo no inquérito civil é o controle de legalidade. Não há contraditório, tendo em vista ser um procedimento investigatório. É um instrumento exclusivo do MP, ou seja, somente o MP poderá instaurar o inquérito civil (art. 129, III, da CF).

O objeto da investigação é civil, não podendo ocorrer a investigação de crimes (ex.: se houver crime ambiental, será este investigado por meio de inquérito policial, servindo o inquérito civil apenas para investigar os danos sofridos pelo meio ambiente).

O inquérito civil, no entanto, não é obrigatório, tendo em vista que as provas poderão ser obtidas por outros meios, como sindicâncias, ação cautelar de produção de provas etc. O MP, então, poderá ingressar com ação civil pública independente de inquérito civil.

No curso do inquérito civil, existe a possibilidade de outro legitimado ingressar com uma ação civil pública, nominada de ação coletiva, tendo em vista que a legitimação é concorrente, não sendo o MP o único titular (art. 5.º, Lei n. 7347/85).

Pelo mesmo motivo, se for determinado o arquivamento do inquérito civil, um outro legitimado poderá ingressar com a ação civil pública.

O inquérito civil tem três fases:

- instauração;
- instrução;
- conclusão.

1.1. Instauração

A instauração desse procedimento pode ser Portaria ou despacho fundamentado se dar por meio de Portaria, esta não se mostra pressuposto para sua instauração, pois qualquer rigor formal é desnecessário.

1.2. Instrução

Existem dois instrumentos fundamentais para a instrução:

- *notificação*: trata-se de intimação para oitiva. Qualquer pessoa pode ser notificada para comparecimento em inquérito civil, sendo possível, inclusive, a condução coercitiva prevista na Lei Orgânica do MP;
- *requisição*: é instrumento para obtenção de perícias, diligências, documentos etc.; consiste numa ordem legal. Qualquer pessoa está sujeita à requisição, respeitados, evidentemente, os sigilos legais e as garantias constitucionais.

Em regra, o MP não pode quebrar o sigilo bancário, uma vez que este só poderá ser quebrado por decisão judicial. O Supremo admitiu, no entanto, como exceção, a possibilidade de quebra do sigilo bancário pelo MP na hipótese de investigação de dano ao patrimônio público. A natureza jurídica da decisão do Juiz que quebra o sigilo bancário é cautelar.

O sigilo fiscal não tem a mesma garantia do sigilo bancário, ou seja, o MP poderá quebrar o sigilo fiscal, por meio de requisição, em qualquer situação.

O MP, no entanto, institucionalmente vem sustentando a possibilidade de quebra direta de sigilo.

Se a pessoa se recusar a entregar o documento que foi requisitado pelo MP, a medida judicial cabível é a busca e apreensão, ou mandado de segurança quando for autoridade pública.

1.3. Conclusão

- *Transação*: a transação realizada no curso do inquérito civil deve ser remetida para o Conselho Superior do MP para homologação.
- *Arquivamento*: o arquivamento pode ter vários motivos, tais como a própria transação cumprida, a falta de legitimidade do MP, a inexistência do dano etc. O pedido de arquivamento também deve ser remetido ao Conselho Superior do MP para homologação. Caso este não homologue o arquivamento, deverá determinar as medidas a serem tomadas e designar outro representante do MP para realizar o determinado pelo Conselho, por força da proteção ao princípio da independência funcional. O Conselho Superior do MP terá

legitimidade para propor a ação civil pública somente na hipótese de ser o Procurador-Geral o promotor natural que requereu o arquivamento do inquérito civil.

- *Propositura da Ação Civil Pública*.

TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

Estatuto da Criança e do Adolescente

(Lei n. 8.069/90)

1. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL

1.1. Art. 1.º do ECA

"Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente".

O antigo Código de Menores protegia a criança e o adolescente somente quando se encontrassem em situação irregular; hoje, o ECA protege a criança e o adolescente em quaisquer circunstâncias. O ECA vê a criança e o adolescente como uma pessoa em desenvolvimento, logo, todos os interesses e direitos relativos às pessoas em desenvolvimento estão protegidos pelo ECA.

1.2. Art. 2.º do ECA

"Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade".

1.3. Definição de Criança e Adolescente

A proteção do ECA, em regra, atinge pessoas até os 18 anos incompletos. O ECA, no entanto, por exceção, poderá proteger os maiores de 18 anos nas seguintes hipóteses:

- aplicação de medida sócio-educativa aos maiores, desde que tenham praticado a conduta antes dos 18 anos. A idade máxima para essa aplicação é 21 anos. Se cometer algum crime durante a internação entre os 18 e 21 anos, interromper-se-á a medida sócio-educativa;
- no caso de adoção, desde que o adotando já esteja anteriormente sob a proteção do ECA (ex.: se a pessoa que estava com a guarda do menor decide adotá-lo após ele completar 18 anos, essa adoção será feita sob os regulamentos do ECA).

1.4. Art. 4.º do ECA

"É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária".

1.5. Garantia da Prioridade

Determina que a criança e o adolescente terão preferência no asseguramento dos seus direitos, não sendo essa garantia somente obrigação do

Estado, mas sim obrigação de toda a sociedade, atingindo, inclusive, os particulares.

Significa que a criança e o adolescente têm prioridade no atendimento, na destinação dos recursos públicos e na formulação de políticas públicas. Trata-se de prioridade efetiva, não sendo simplesmente normativa. O cumprimento desse princípio poderá ser exigido judicialmente.

2. INTERPRETAÇÃO DA LEI – Arts. 5.º e 6.º do ECA

Na interpretação do ECA, deve-se levar sempre em consideração a peculiar condição da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, prevalecendo seus interesses.

Um exemplo foi a permissão que um Juiz deu para que os adolescentes ajudassem no corte de cana-de-açúcar. Este Juiz, entretanto, não levou em conta a condição de pessoa em desenvolvimento, e sim colocou os adolescentes em condição de adultos. Essa permissão foi revogada, tendo em vista que o adolescente, em desenvolvimento físico, poderá ter lesões graves com a atividade de corte de cana-de-açúcar, por exemplo, podendo ficar com um braço mais comprido do que o outro.

3. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NO ECA

Esses direitos são oponíveis *erga omnes*, ou seja, podem ser opostos a qualquer um, seja o Estado, seja pessoa física, jurídica, particular ou não.

3.1. Direito à Vida e à Saúde

A proteção à vida começa desde a concepção, ou seja, o ECA protege a criança ainda como feto (ex.: obrigatoriedade do atendimento pré-natal para a gestante).

Direito ao aleitamento materno: hoje, em qualquer circunstância, a criança tem o direito ao aleitamento materno (ex.: no trabalho, nos presídios etc.).

Toda criança e adolescente tem direito a atendimento médico e odontológico obrigatório pelo SUS.

Comunicação obrigatória de maus tratos à criança e ao adolescente. Essa obrigação é das escolas, hospitais, creches etc. Deverá ser feita para o Conselho Tutelar ou, onde não houver, para o Ministério Público ou qualquer outra autoridade judicial.

3.2. Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade

O direito de ir, vir e estar em logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais. Quando a criança ou o adolescente estiverem em qualquer situação de risco, deverão ser retirados do local.

A criança e o adolescente têm a sua dignidade preservada por estarem em desenvolvimento. Toda vez que a exposição de criança ou adolescente ofender sua dignidade, deverá ser proibida. Determina a preservação da imagem, da identidade, dos valores, dos espaços e objetos pessoais.

3.3. Direito à Convivência Familiar e Comunitária

A regra é a permanência da criança e do adolescente com a sua família natural (art. 19 do ECA). Família Natural é aquela formada pelos ascendentes e descendentes (pai, mãe e filhos ou qualquer um deles e seus descendentes).

Retirar a criança ou o adolescente da família natural é medida de exceção, só podendo ser aplicada quando a lei determinar, quando então são retirados da convivência familiar e colocados em família substituta. No Direito brasileiro, a família substituta é aquela adquirida por uma das três formas:

- guarda;
- tutela;
- adoção.

O art. 20 do ECA proíbe qualquer distinção entre os filhos naturais e adotivos.

O pátrio poder é exercido em igualdade de condições entre a mãe e o pai e as pendências deverão ser resolvidas pelo Juiz. O art. 22 do ECA dispõe os deveres inerentes ao Pátrio Poder que, caso sejam descumpridos, poderá ser destituído. São eles: sustento, guarda, educação e dever de cumprir as decisões judiciais.

De acordo com o art. 23 do ECA, a falta de carência de recursos materiais não é motivo suficiente para a suspensão ou perda do pátrio poder. O art. 23 combina-se com o art. 129, par. ún., ambos do ECA, que dispõem que a falta ou carência de recursos materiais não pode gerar a aplicação de qualquer

medida em relação aos pais ou responsáveis. Os arts. 394 e 395 do CC ainda são aplicáveis.

As hipóteses de suspensão do pátrio poder são:

- não cumprimento dos deveres pelos pais;
- quando os pais arruinarem os bens dos filhos;
- condenação dos pais por sentença irrecorrível em crime cuja pena exceda a 2 anos de prisão.

As hipóteses de perda do pátrio poder são:

- castigo imoderado;
- abandono;
- atos atentatórios à moral e aos bons costumes. A perda do pátrio poder ocorre sempre por decisão judicial e em procedimento contraditório.

3.4. Direito de Personalidade

Disposto no art. 27 do ECA, o reconhecimento da filiação pode ser feito a qualquer tempo, no nascimento, por testamento, por escritura ou por qualquer outro instrumento público ou particular, sendo irrevogáveis.

A natureza jurídica desse estado de filiação reconhecido pelo ECA é o direito da personalidade, sendo personalíssimo, indisponível e imprescritível. É hipótese de processo em segredo de justiça.

3.5. Direito à Educação, Cultura, Esporte e Lazer

O art. 54, § 1.º, do ECA dispõe que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é um Direito Público Subjetivo da criança e do adolescente. É um direito que pode ser exigido judicialmente por ação civil pública ou por ação particular.

Dentro do Direito à Educação, a criança e o adolescente têm direito à escola próxima à residência, ou seja, a escola deve ser acessível. O Estado tem o dever de assegurar o ensino fundamental (primeiro grau). O não oferecimento desse ensino acarreta a responsabilidade pessoal da autoridade competente (art. 54, § 2.º).

O art. 55 dispõe sobre a obrigação dos pais de matricularem os filhos no ensino fundamental. É também um direito que pode ser exigido judicialmente.

Os estabelecimentos de ensino, além de comunicar maus tratos, têm obrigação de comunicar ao Conselho Tutelar evasão escolar (saída injustificada da criança e do adolescente da escola) e elevados níveis de repetência, para que este possa tomar as medidas cabíveis.

Os arts. 60 a 69 do ECA dispõem sobre o direito à profissionalização e à proteção do trabalho. A EC n. 20 modificou o ECA, acrescentando em seu art. 7.º, XXXIII, o seguinte:

- proibição de trabalho perigoso, noturno ou insalubre para menores de 18 anos;
- proibição de qualquer trabalho para menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz a partir dos 14 anos.

O art. 67 do ECA dispõe sobre o trabalho de aprendiz, dizendo o que o aprendiz não pode :

- trabalhar durante a noite (das 22h às 5h);
- trabalhar em local insalubre ou penoso;
- trabalhar em local impróprio para sua formação;
- trabalhar em horários e locais que não permitam sua freqüência na escola.

O art. 68 permite o chamado “trabalho educativo”, que é aquele realizado em programas sociais. É uma atividade de trabalho pedagógico. A finalidade desse trabalho educativo é preparar o adolescente para o mercado de trabalho.

MÓDULO IV

TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

Estatuto da Criança e do Adolescente

TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

Estatuto da Criança e do Adolescente

1. DO CONSELHO TUTELAR

É um órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade para zelar pela proteção dos direitos da criança e do adolescente. Cada Município deverá, obrigatoriamente, ter pelo menos um Conselho Tutelar.

Cada Conselho Tutelar é composto por cinco membros escolhidos pela comunidade local. Os membros do Conselho Tutelar terão mandato certo de três anos, permitida uma recondução.

Para ser membro do Conselho Tutelar, devem-se preencher os seguintes requisitos:

- ter reconhecida idoneidade moral;
- ter idade superior a 21 anos;
- residir no Município.

A forma de escolha, funcionamento, local para reuniões etc. será definida por Lei Municipal.

As atribuições do Conselho Tutelar estão previstas no art. 136 do ECA, quais sejam:

- realizar o atendimento da criança e do adolescente que estiverem em situação de risco ou que praticarem ato infracional;

- aplicar medidas de proteção à criança e ao adolescente previstas no art. 101, I a VII, do ECA. O Conselho Tutelar não pode colocar o menor em família substituta;

- atendimento e aconselhamento dos pais ou responsáveis;

- aplicar medidas para os pais ou responsáveis previstas no art. 129, I a VII, do ECA. A respeito de pais ou responsáveis, o Conselho Tutelar não pode determinar perda da guarda, destituição de tutela e suspensão e extinção do pátrio poder, visto serem medidas de exclusiva aplicação judicial;

- requisitar serviços públicos para o cumprimento das suas deliberações (ex.: serviço médico-hospitalar, transporte etc.);

- representar ao Poder Judiciário para o cumprimento das suas deliberações;

- encaminhar ao MP notícia de infração penal ou administrativa contra os direitos da criança ou do adolescente, para que se tomem as medidas cabíveis.

As decisões do Conselho Tutelar poderão ser revistas judicialmente, mas nunca de ofício, visto que o Conselho Tutelar não está subordinado ao Poder Judiciário, sendo um órgão autônomo. Sendo provocado por quem tenha legítimo interesse, o judiciário pode reavaliar a decisão do Conselho Tutelar, inclusive de mérito.

Têm legítimo interesse para provocar o Judiciário o menor, o representante legal do menor e o MP. Qualquer pessoa poderá provocar o MP, ou seja, um cidadão, não satisfeito com alguma medida tomada pelo Conselho Tutelar, pode provocar o MP para que este tome as medidas cabíveis.

Estão impedidos de participar do Conselho Tutelar o Promotor de Justiça e Juiz que atuam na Vara da Infância e Juventude da Comarca (art. 140, par. ún.). Não podem fazer parte do mesmo Conselho Tutelar marido e mulher, ascendente e descendente, sogro(a) e genro ou nora, irmãos, cunhados durante o cunhadio, tio(a) e sobrinhos(as) e padrasto ou madrasta e enteados.

2. COMPETÊNCIA

2.1. Competência Territorial

Em primeiro lugar, a regra é a competência do domicílio dos pais ou responsáveis. Caso não existam ou não sejam encontrados os pais ou responsáveis, a competência será do local onde o menor se encontrar.

A representação para apuração de ato infracional deve ser feita no local da ação ou da omissão, e não no lugar do resultado. No caso de atos contra os direitos da criança e do adolescente praticados por rádio ou televisão, a competência é do local da sede estadual da emissora ou da rede. No mais, devem ser aplicadas as regras do processo civil.

2.2. Competência Material

São de competência exclusiva do Juízo da Infância e Juventude:

- apuração de ato infracional;
- concessão de remissão;
- decisões que dizem respeito à adoção;
- ações civis ou públicas afetas à criança e juventude;
- aplicação de penalidades administrativas previstas no ECA;
- casos encaminhados pelo Conselho Tutelar.

Casos em que haverá competência material da Vara de Infância e Juventude somente para as hipóteses em que a criança e o adolescente estiverem em situação de risco:

- concessão de guarda e tutela;
- destituição ou suspensão do pátrio poder;
- suprimento de capacidade ou consentimento para o casamento;
- resolver discussão materna e paterna sobre o exercício do pátrio poder;
- conceder emancipação quando faltarem os pais;
- designação de curador especial;
- ações de alimentos;
- determinar o cancelamento, retificação e suprimento dos registros de nascimento e óbito.

2.3. Competência Disciplinar, de Natureza Administrativa

O Juizado da Infância regulamenta, mediante portarias ou alvarás, algumas situações, quais sejam:

- entrada e permanência de criança e adolescente desacompanhado dos pais em estádios, ginásios e campos desportivos, bailes, boates ou congêneres, diversões eletrônicas, cinema, teatro, rádio e televisão;
- participação de criança e adolescente em espetáculos públicos e certames de beleza (concursos de beleza).

Esse rol do art. 149 é taxativo. Dessas decisões do Juiz cabe o recurso de apelação (expressamente previsto no ECA em seu art. 199), havendo o juízo de retratação.

3. MINISTÉRIO PÚBLICO

No ECA, o MP tem atribuição para proteger interesses difusos, coletivos e individuais (homogêneos ou não) de criança e adolescente. Se o MP não for o autor da ação, deverá atuar, obrigatoriamente, como *custus legis,* sob pena de nulidade.

As atribuições do MP no ECA são:

- conceder remissão;
- promover e acompanhar os procedimentos relativos às infrações atribuídas aos adolescentes (atribuição exclusiva do MP);

- promover as ações de alimentos;
- promover a suspensão e destituição do pátrio poder;
- remoção e nomeação de tutor, curador e guardiões. Também tem atribuição para promover a prestação de contas destes, bem como a especificação de hipotecas legais;
- promover inquérito civil e ação civil pública, inclusive para proteção de interesses individuais;
- instaurar outros procedimentos administrativos, requisitando o que necessitar, de instituições públicas ou privadas;
- impetrar mandado de segurança, mandado de injunção ou *habeas corpus* na defesa de criança e adolescente.

MÓDULO V

TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

1. FAMÍLIA NATURAL

É aquela formada pelos pais e seus descendentes ou por qualquer dos pais e seus descendentes.

2. FAMÍLIA SUBSTITUTA

Adquire-se família substituta por guarda, tutela ou adoção. Existe um impedimento geral previsto no ECA que proíbe que a família substituta seja aquela que não tiver idoneidade. A idoneidade, para o ECA, tem dois aspectos:

- compatibilidade com a natureza da medida;
- ambiente familiar adequado.

Existindo estes dois requisitos, existirá a possibilidade de ser família substituta.

Família substituta estrangeira é aquela formada por estrangeiros domiciliados fora do Brasil (não basta ser estrangeiro). É a chamada adoção internacional.

Tanto a aquisição quanto a perda da família substituta só poderá ocorrer por decisão judicial (art. 30 do ECA).

3. GUARDA

Está regulada nos arts. 33 a 35 do ECA.

3.1. Conceito

É a forma de colocação em família substituta destinada a regularizar a posse de fato da criança e do adolescente. A guarda só poderá ser concedida por decisão judicial e com o destino de resolver uma situação de fato anterior ao pedido.

3.2. Características

A guarda pode ser:

- *autônoma*: existe e pode permanecer sozinha. A criança ou o adolescente pode ficar sob a guarda até a maioridade. Será incidental num processo de perda de pátrio poder, ou preparatória antes de uma adoção;
- *precária*: pode ser destituída a qualquer tempo somente por decisão judicial.

A guarda pode conferir o direito de representação para determinados atos, ou seja, o Juiz poderá permitir que o guardião represente o menor em alguns atos da vida civil (diferentemente da tutela, que assegura a representação para todos os atos). Esta autorização para representação deve ser expressa.

3.3. Direitos e Deveres Conferidos pela Guarda

- o guardião está obrigado à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou ao adolescente.
- a criança e o adolescente passam a ser dependentes do guardião para todos os fins e efeitos de direitos, inclusive os previdenciários.
- o direito do guardião pode ser oposto a terceiros, inclusive aos pais, ou seja, nem mesmos os pais podem tirar os filhos do guardião sem autorização judicial. Então, quem tem a guarda só a perderá por decisão judicial.

4. TUTELA

A tutela está disposta nos arts. 36 a 38 do ECA.

4.1. Conceito

É a forma de colocação em família substituta para a administração da pessoa e dos bens do incapaz. É mais complexa que a guarda, tendo em vista envolver administração de pessoa e bens.

A tutela dá uma proteção mais ampla, pois substitui o pátrio poder. Então, para que alguém seja posto sob tutela, é necessário que exista a suspensão ou a perda do pátrio poder.

4.2. Formas de Aquisição da Tutela

- suspensão do pátrio poder.
- perda do pátrio poder.
- morte dos pais.
- declaração de ausência dos pais.

Para existir a tutela, deve-se decidir, antes, pela perda ou pela suspensão do pátrio poder.

4.3. Especialização de Hipoteca Legal

Prevista no art. 418 do CC, é uma medida para assegurar os bens do incapaz. O ECA permite a dispensa dessa especialização (é uma faculdade do Juiz). Então, o Juiz poderá dispensar a especialização da hipoteca legal nas seguintes hipóteses:

- quando o menor não tiver bens;
- quando os bens do menor tiverem rendimentos suficientes apenas para a manutenção do tutelado (bens de pequeno valor);
- quando os bens do tutelado constarem de instrumento público devidamente registrado no Registro de Imóvel (se for o caso);
- por qualquer outro motivo relevante (ex.: o tutor é pessoa reconhecidamente idônea – a idoneidade é financeira).

5. ADOÇÃO

Prevista nos arts. 39 a 52 do ECA. Até os 18 anos, a adoção é regulada pelo ECA, qualquer que seja a situação do menor; após os 18 anos, a regra é a do CC. É possível, no entanto, por exceção, ser pelo ECA quando o menor estiver protegido por este (ex.: quando houver a vontade do tutor de adotar).

5.1. Requisitos

A adoção tem um requisito genérico que é a idoneidade, exigido para todas as situações de colocação em família substituta, e requisitos específicos, que, estando preenchidos, autorizam qualquer pessoa a adotar, inclusive sozinha:

- *Idade do adotando*: em regra, o adotando deverá ter até 18 anos, exceto quando estiver protegido pelo ECA.
- *Idade do adotante*: o adotante deve ser maior de 21 anos.
- *Diferença de Idade entre o adotante e o adotado*: deve haver uma diferença de 16 anos.
- *Reais vantagens para o adotando*: deve-se verificar, no caso concreto, que o adotando será quem terá vantagens com a adoção.
- *Motivos legítimos para a adoção*: deve-se verificar, no caso concreto, se o motivo da adoção é a formação de uma família.
- *Consentimento dos pais ou do representante legal do adotando*: desde que exista pátrio poder. O Juiz não poderá suprir esse consentimento,

ou seja, se os pais não consentirem, não haverá a adoção. No caso de pais desconhecidos, não há necessidade do consentimento (art. 45, § 1.º, do ECA).

- *Consentimento do adotando se maior de 12 anos*: neste caso, a jurisprudência permite que o Juiz contrarie a vontade do menor. O menor será ouvido, no entanto. Quem avaliará o que é melhor será o Juiz.

- *Estágio de convivência*: é o período de convívio entre o adotante e o adotando, destinado ao estabelecimento de um relacionamento de afetividade e intimidade. Este estágio de convivência também servirá para haver a avaliação da existência dos demais requisitos. Em regra, esse estágio de convivência é obrigatório, entretanto o Juiz poderá dispensá-lo em duas situações:

  – se o adotando não tiver mais de um ano de idade;

  – se o adotando já estiver na companhia do adotante por tempo que o Juiz julgue suficiente, qualquer que seja a idade.

Para o estágio de convivência de adoção nacional, não existe prazo previsto em lei, ficando à discricionariedade do Juiz em cada caso concreto. Entretanto, costuma-se deixar em estágio de convivência durante um ano.

5.2. Casos Especiais de Adoção

P.: Um casal deseja adotar uma criança, entretanto o requisito de diferença de idade só é preenchido pelo marido. Poderá haver a adoção em conjunto?

R.: Neste caso, a lei permite a adoção em conjunto (art. 42, § 2.º, do ECA), tendo em vista um deles ter preenchido todos os requisitos. Esta regra vale tanto para os casados quanto para os conviventes e concubinos.

P.: Separados judicialmente ou divorciados podem adotar em conjunto?

R.: A lei permite uma única hipótese (art. 42, § 4.º, do ECA). Podem adotar em conjunto desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal e que o casal esteja de acordo em relação à guarda e visitas.

P.: O morto pode adotar?

R.: É a chamada adoção póstuma (art. 42, § 5.º, do ECA). Poderá adotar se o processo de adoção tiver sido iniciado antes da morte e no processo tiver o morto declarado inequivocamente a vontade de adotar. A sentença deverá retroagir para a data da morte a fim de que haja os efeitos sucessórios.

5.3. Impedimentos Específicos à Adoção

O ECA estipula alguns impedimentos especiais:

- *art. 42, § 1.º*: não podem adotar os ascendentes e irmãos do adotando. Esta proibição visa a proteção sucessória;
- *art. 44*: o tutor e o curador não podem adotar o tutelado e o curatelado enquanto não tiverem suas contas julgadas definitivamente pelo Juiz. Visa evitar fraude.

5.4. Efeitos da Adoção

A adoção começa a produzir seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença. No caso de adoção internacional, a criança só poderá sair do país após o trânsito em julgado da sentença.

Existe um exceção a esse efeito a partir do trânsito em julgado da sentença no caso de adoção *post mortem*, no qual os efeitos retroagem para que possam haver os direitos sucessórios. São os efeitos:

- *aquisitivos*: a adoção traz vínculo de filiação e paternidade. Permanecem, entretanto, os impedimentos matrimoniais com os parentes anteriores;

- *extintivo*: os vínculos anteriores à adoção se extinguem, visto que o adotado ganha vínculos novos. Os impedimentos matrimoniais, entretanto, permanecem;

- *sucessório*: a adoção traz o direito sucessório recíproco. O filho herda do pai adotivo e vice-versa;

- *irrevogável*: a adoção é irrevogável, ou seja, não se pode revogar os vínculos de filiação e paternidade.

A morte dos pais adotantes ou a perda do pátrio poder por eles não restabelece o pátrio poder dos pais naturais. Neste caso, os pais naturais, desde que preenchidos os requisitos da adoção, poderão adotar.

5.5 Constituição do Vínculo da Adoção

O vínculo está constituído a partir do trânsito em julgado da sentença. O Juiz deve expedir um mandado para inscrever a sentença no registro civil e

essa sentença substituirá os dados da certidão de nascimento anterior. Esses dados anteriores ficarão sob sigilo judicial, que só poderá ser quebrado por decisão judicial.

MÓDULO VI

TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS
Estatuto da Criança e do Adolescente

TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

Estatuto da Criança e do Adolescente

1. ADOÇÃO INTERNACIONAL

É uma medida de exceção, nos termos do art. 31 do ECA, ou seja, a preferência é pela adoção nacional. A adoção internacional é uma alternativa quando a adoção nacional não é possível. Adoção internacional é aquela feita por estrangeiro residente e domiciliado fora do país.

Além dos requisitos gerais da adoção, a internacional tem seus requisitos próprios especiais, quais sejam:

- candidato deve comprovar que está habilitado a adotar pelas normas do país de origem. A lei pretende que a criança não chegue em situação irregular no país estrangeiro;
- o candidato deve trazer um estudo psicossocial elaborado por agência especializada do país de origem, tendo em vista que o Juiz deve saber como vive essa pessoa;
- os documentos em língua estrangeira deverão ser autenticados pela autoridade consular e traduzidos por tradutor público juramentado;
- análise prévia da comissão estadual judiciária de adoção, chamada CEJAI;
- o estágio de convivência tem algumas regras:
  - deve ser cumprido em território nacional;

- terá, no mínimo, 15 dias na hipótese de criança até 2 anos de idade, ou mínimo de 30 dias para criança acima de 2 anos de idade.

2. SUSPENSÃO E DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER

Prevista nos arts. 155 a 163 do ECA, a perda ou suspensão do pátrio poder será sempre por procedimento judicial com contraditório.

A competência para requerer a perda ou suspensão do pátrio poder é do MP ou de quem tenha legítimo interesse (familiares, representante legal etc.). A jurisprudência admite que alguém que queira ficar com a criança possua legítimo interesse.

O procedimento segue os requisitos do processo civil, diferenciando-se apenas quanto aos prazos.

Há necessidade da realização de um estudo social do caso. Esse estudo social funciona como um laudo pericial. O ECA determina que esse estudo seja feito por um corpo interdisciplinar. Necessário verificar o ambiente em que o menor se encontra.

A perda ou suspensão do pátrio poder deverá ser averbada no Registro Civil.

No caso de suspensão, o Juiz deve determinar seu prazo na sentença.

O ECA traz o princípio da concentração de atos em audiência. Haverá debates e julgamento na mesma audiência. Se o Juiz não o fizer, deverá designar uma data para a leitura da sentença (não há publicação da sentença).

3. COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA

Disposta nos arts. 165 a 170 do ECA, possui as seguintes características:

- como requisito da petição inicial, o ECA exige a expressa anuência do cônjuge do adotante. A adoção, portanto, será em conjunto, ainda que materialmente não haja impedimentos;

- o art. 28, § 2.º, do ECA determina que o Juiz leve em consideração, além dos requisitos já observados, o parentesco. Assim, um outro requisito da petição inicial é a indicação do grau de parentesco com o menor;

- deve-se juntar na petição inicial a indicação do Cartório do Registro de Nascimento do menor. Se o menor for recém-nascido exposto, não há necessidade dessa indicação, visto que ele não foi registrado. Recém-nascido exposto é aquele cujos pais não podem ser identificados (recém-nascido que foi abandonado pelos pais);

- deve-se, ainda, descrever na petição inicial os bens que o menor possui.

O art. 166 traz uma disposição de pedido de adoção que visa facilitar a adoção do menor. O pedido será feito diretamente no cartório, em petição assinada diretamente pelos requerentes, desde que:

- os pais do menor estejam falecidos;

- os pais do menor tenham sido anteriormente destituídos ou suspensos do pátrio poder;

- se os pais do menor aderirem expressamente ao pedido de colocação em família substituta.

Para as hipóteses do art. 166, o ECA dispensa expressamente a presença de advogado, que somente é indispensável no caso de existir necessidade de contraditório (nas hipóteses de destituição ou suspensão de pátrio poder).

Caso os pais do menor concordem com o pedido, haverá jurisdição voluntária, visto que o Juiz apenas deverá fazer uma análise do pedido. Nesses casos, não há lide e por esse motivo não haverá a necessidade da presença de um advogado.

Mesmo na jurisdição voluntária, entretanto, é obrigatória a designação de audiência e a realização de um estudo social para verificar quais condições a criança vai encontrar na família substituta. Dar-se-á oportunidade de oitiva ao MP. Se, no curso desse procedimento, formar-se a lide, o Juiz retornará ao procedimento contraditório (arts. 167, 168 e 169 do ECA).

4. DESTITUIÇÃO DA TUTELA

A tutela só poderá ser extinta por decisão judicial. A pessoa poderá permanecer sob tutela até os 21 anos.

Se a tutela substitui o pátrio poder, significa que o tutor não é pai, mas, no entanto, tem os mesmo direitos e deveres inerentes ao pátrio poder. A tutela pressupõe, portanto, a guarda e poderá ser revogada se não forem cumpridos

os deveres inerentes ao pátrio poder. A tutela ainda poderá ser extinta por má administração dos bens do menor. O tutor deverá prestar contas ao Juiz.

Extinta a tutela, extinguem-se os vínculos entre o tutor e o tutelado, ou seja, só existirá o vínculo enquanto existir a tutela. Ainda que seja extinta a tutela, o tutor terá, entretanto, a obrigação de reparar o dano, ou seja, a responsabilidade civil remanesce.

TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

Medidas de Proteção da Criança e do Adolescente

1. DAS NORMAS DE PREVENÇÃO

O ECA traz algumas normas para prevenir a violação dos direitos da criança e do adolescente:

- *princípio da cooperação*: é dever de todos prevenir a violação dos direitos da criança e do adolescente;
- *princípio da responsabilidade*: todos aqueles que descumprirem as normas de proteção estarão sujeitos à responsabilidade civil, penal e administrativa, dependendo do caso concreto.

O ECA admite que o Poder Público regulamente as diversões e espetáculos públicos, informando a natureza, a faixa etária recomendada, os locais e horários adequados. O responsável pelo espetáculo ou pela diversão deve afixar em local visível e de fácil acesso aquelas especificações. Crianças menores de 10 anos somente poderão assistir a esses espetáculos acompanhadas dos pais ou responsáveis.

As publicações e revistas que contenham material impróprio à criança e ao adolescente serão comercializadas em embalagens lacradas, com advertência sobre seu conteúdo. As revista e publicações destinadas ao público infanto-juvenil não poderão conter material ou anúncio de bebidas alcoólicas,

tabaco, armas e munições, e deverão respeitar os valores éticos e sociais da família e da sociedade.

O art. 81 do ECA traz um rol de produtos considerados nocivos e cuja venda é proibida à criança e ao adolescente: armas, bebidas, fogos, revistas impróprias, bilhetes lotéricos e produtos que possam causar dependência (ex.: cigarro).

O ECA também prevê a proibição de hospedagem de criança e de adolescente, salvo quando acompanhados dos pais ou responsáveis ou autorizados por eles. Criança deve viajar acompanhada dos pais ou responsáveis. Desacompanhada destes, somente com autorização judicial, que será dispensada se a criança estiver acompanhada de parente até o 3.º grau ou pessoa autorizada expressamente pelos pais.

As normas de prevenção são destinadas a crianças e adolescentes em situação de risco. O antigo ECA usava a expressão "situação irregular". Hoje, utiliza "situação de risco". Existirá situação de risco quando a criança ou o adolescente estiverem privados de assistência. Essa assistência pode ser material (quando não se tem onde dormir, o que comer, vestir etc.), moral (quando a criança ou o adolescente permanece em local inadequado, como locais de prática de jogo, prostituição etc.) ou jurídica (quando não tem quem o represente).

O menor que pratica ato infracional está em situação de risco por estar privado de assistência moral. A situação de risco pode decorrer de ação ou omissão do Poder Público; ação ou omissão dos pais ou dos responsáveis; por conduta própria.

O art. 101 do ECA traz um rol das medidas protetivas diante da situação de risco. Essas medidas poderão ser aplicadas tanto para a criança quanto para o adolescente. São elas:

- encaminhamento da criança e do adolescente aos pais ou responsáveis, mediante termo ou responsabilidade;
- orientação, apoio e acompanhamentos temporários por pessoa nomeada pelo Juiz;
- matrícula e freqüência obrigatória em estabelecimento oficial de ensino fundamental (o Juiz determina aos pais a obrigação);
- inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico em regime hospitalar (internação) ou ambulatorial (consultas periódicas);
- abrigo em entidade (não se fala em orfanato). A doutrina chama de "Tutela de Estado" quando a criança está em abrigo sob a proteção do Estado;
- colocação em família substituta (é utilizada somente em situações muito graves).

O Juiz pode aplicar essas medidas isolada ou cumulativamente. Pode, também, substituir uma medida pela outra a qualquer tempo (art. 99 do ECA). Antes de aplicar qualquer uma dessas medidas, o Juiz deverá ouvir os pais ou responsáveis, realizar estudo social do caso e ouvir o MP. Essa oitiva do MP é

obrigatória, sob pena de nulidade (art. 204 do ECA). Esse rol do art. 101 é taxativo.

2. PRÁTICA DO ATO INFRACIONAL

2.1. Dos Direitos Individuais do Adolescente

O adolescente não é preso, é apreendido.

A internação é a medida mais gravosa para o adolescente. O ECA permite a internação provisória durante o processo. É fixado o prazo máximo de 45 dias. Os fundamentos para que o Juiz decrete essa internação provisória são: indícios suficientes de autoria e materialidade e necessidade da medida.

Esse prazo de internação provisória será descontado na internação definitiva. Em nenhuma hipótese a criança poderá ser internada.

2.2. Remissão

Tem por conceito o perdão, a indulgência ao menor. Podem conceder remissão tanto o MP quanto o Juiz. São hipóteses de natureza jurídica diferentes. A remissão judicial é forma de extinção ou de suspensão do processo (portanto, pressupõe o processo em curso). Já a remissão ministerial é forma de exclusão do processo (logo, deve ser concedida antes do processo - administrativamente). Quando a remissão é concedida pelo MP, segue-se o

seguinte procedimento:

- o menor é ouvido pelo Promotor que concederá a remissão;
- o Promotor encaminha a remissão para homologação pelo Juiz;
- se o Juiz não aceitar a remissão, deverá remeter para o Procurador de Justiça, que poderá insistir na remissão ou designar outro representante do MP para apresentar representação contra o menor. Essa remissão concedida pelo MP é causa de exclusão do processo, visto que, ao conceder a remissão, inexiste o processo.

Quando a remissão é concedida pelo Juiz, segue-se o seguinte procedimento:

- o Promotor oferece a representação;
- na audiência de apresentação, o menor será ouvido pelo Juiz, que poderá decidir pela remissão;
- o representante do MP deverá, obrigatoriamente, ser ouvido sobre a possibilidade da remissão antes de ela ser aplicada. A remissão concedida pelo Juiz causa extinção do processo. Havendo discordância por parte do MP, este deverá ingressar com uma apelação para reformar a decisão do Juiz.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência admitem a cumulação da remissão com uma medida sócio-educativa que seja compatível (ex.: reparação do dano, advertência etc.). Neste caso, a remissão é causa de suspensão do processo.

O ECA traz quatro requisitos genéricos para a aplicação da remissão, devendo ficar a critério do membro do MP ou do Juiz a sua concessão. São eles:

- circunstâncias e conseqüências do fato;
- contexto social em que o fato foi praticado;
- personalidade do agente;
- maior ou menor participação no ato infracional.

A remissão, quer concedida pelo MP quer pelo Juiz, não implica confissão de culpa. Existe uma divergência na doutrina em considerar a remissão como um acordo ou não. A posição majoritária entende que a remissão não é um acordo, tendo em vista a lei falar em concessão e, ainda, pelo fato de não haver nenhum prejuízo para o adolescente, não possuindo a remissão nenhum efeito, podendo ser concedida quantas vezes forem necessárias.

TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

1. PRÁTICA DO ATO INFRACIONAL

1.1. Medidas Sócio-educativas

São as medidas que podem ser aplicadas ao adolescente. O rol dessas medidas está no art. 112 do ECA. São elas:

- advertência;
- reparação de danos;
- prestação de serviços à comunidade;
- liberdade assistida;
- semi-liberdade;
- internação;
- medidas de proteção previstas no art. 101, I a VI, do ECA.

As medidas sócio-educativas dependem de um procedimento judicial, só podendo ser aplicadas pelo Juiz. O ECA apresenta dois critérios genéricos para a aplicação de medida sócio-educativa:

- capacidade do adolescente para cumprir a medida;
- circunstâncias e gravidade da infração.

A internação é uma exceção, existindo hipóteses legais para sua aplicação.

A medida de segurança não poderá ser aplicada ao adolescente, tendo em vista ser medida para maior de idade que apresenta periculosidade. No caso de adolescente doente mental, será aplicada medida de proteção, podendo ser requisitado tratamento médico.

O Juiz poderá cumular medidas sócio-educativas, desde que sejam compatíveis (ex.: prestação de serviço à comunidade cumulada com reparação de danos). Com exceção da internação, o Juiz poderá substituir as medidas sócio-educativas de acordo com o caso concreto, visto não haver taxatividade.

Se o Promotor discordar com a medida sócio-educativa aplicada, deverá entrar com recurso de apelação. Essa apelação do ECA possui juízo de retratação, ou seja, o Juiz pode voltar atrás na decisão. O Tribunal competente para julgar essa apelação é o TJ.

1.1.1. Advertência

Disposta no art. 115 do ECA, é uma medida sócio-educativa que consiste em uma admoestação verbal que é aplicada pelo Juiz ao adolescente e que é reduzida a termo. É destinada a atos de menor gravidade.

Para a aplicação da advertência, o Juiz deve levar em consideração a prova da materialidade e indícios suficientes de autoria. É a única medida que o Juiz poderá aplicar fundamentando-se somente em indícios de autoria.

1.1.2. Reparação de Danos

Obrigação de reparar o dano (art. 116 do ECA). Há um pressuposto: o

ato infracional deve ter causado um dano à vítima. Essa reparação é para a vítima que sofreu o dano. É uma medida voltada para o adolescente, então deve ser estabelecida de acordo com a possibilidade de cumprimento pelo adolescente (ex.: devolução da coisa furtada, pequenos serviços a título de reparação etc.).

A jurisprudência admite que essa reparação de dano pode ser aplicada à criança (ex.: devolução da coisa furtada).

1.1.3. Prestação de serviços à comunidade

Disposta no art. 117 do ECA, o adolescente será obrigado a prestar serviços em benefício da coletividade. São tarefas gratuitas de interesse geral junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas ou estabelecimentos congêneres.

Como a medida é mais gravosa, a lei fixa um prazo máximo de 6 meses para essa prestação e um máximo de 8 horas semanais. Essas 8 horas poderão ser estabelecidas discricionariamente, desde que não prejudiquem a freqüência ao trabalho e à escola. Deverá ser levada em conta a aptidão do adolescente para a aplicação da medida.

1.1.4. Liberdade assistida

É a última medida em que o adolescente permanece com sua família. O Juiz irá determinar um acompanhamento permanente ao adolescente, designando, para isso, um orientador, que poderá ser substituído a qualquer tempo. A lei fixa um prazo mínimo de 6 meses para a duração dessa medida. O orientador terá as seguintes obrigações legais:

- promover socialmente o adolescente, bem como a sua família, inserindo-os em programas sociais. Promover socialmente é fazer com que o adolescente realize atividades valorizadas socialmente (teatro, música etc.);
- supervisionar a freqüência e o aproveitamento escolar do adolescente;
- profissionalizar o adolescente (nos termos da EC n. 20);
- apresentar relatório do caso ao Juiz.

1.1.5. Semi-liberdade

Disposta no art. 120 do ECA, é uma medida que importa em privação de liberdade ao adolescente que pratica um ato infracional mais grave. O adolescente é retirado de sua família e colocado em um estabelecimento apropriado de semi-liberdade, podendo realizar atividades externas (estudar, trabalhar etc.) somente com autorização do diretor do estabelecimento, não havendo necessidade de autorização judicial. Pode ser usada tanto como medida principal quanto como medida progressiva ou regressiva.

A semi-liberdade não tem prazo fixado em lei, nem mínimo nem máximo. A doutrina e a jurisprudência determinam a aplicação da medida por analogia dos prazos da internação, tendo como prazo máximo 3 anos. Há a obrigatoriedade de escolarização e profissionalização na semi-liberdade.

TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

1. INTERNAÇÃO

Disposta no art. 121 e seguintes do ECA, é a medida reservada para os atos infracionais de natureza grave. O ECA estabelece princípios específicos para a internação, pois é medida de privação de liberdade sempre excepcional.

A internação deve durar o menor tempo possível (princípio da brevidade), é uma medida de exceção que só deverá ser utilizada em último caso (princípio da excepcionalidade) e deve seguir o princípio do respeito à condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento. Em nenhuma hipótese pode ser aplicada à criança.

O ECA estabelece hipóteses de internação para:

- prática de ato infracional mediante grave ameaça ou violência à pessoa;
- reiteração de infrações graves;
- descumprimento reiterado e injustificado da medida anteriormente imposta (é uma hipótese de regressão). Neste caso, a internação não pode ultrapassar o prazo de 3 meses.

Nas duas primeiras hipóteses, o prazo máximo para internação é de 3 anos. Por força desse prazo, o ECA poderá atingir o maior de 18 anos. Em rigor, todas as medidas sócio-educativas poderão atingir o maior de 18 anos.

A medida só poderá ser aplicada com o devido processo legal e em nenhuma hipótese poderá ser aplicada à criança. Quando o adolescente completar 21 anos, a liberação será obrigatória. Caso o adolescente tenha passado por internação provisória, esses dias serão computados na internação (detração). A diferença entre semi-liberdade e internação é que, nesta, o adolescente depende de autorização expressa do juiz para praticar atividades externas, ou seja, o adolescente internado somente se ausentará do estabelecimento em que se achar se autorizado pelo juiz.

O art. 123 dispõe que o local para a internação deve ser distinto do abrigo, devendo-se obedecer a separação por idade, composição física (tamanho), sexo e gravidade do ato infracional. Há, também, a obrigatoriedade de realização de atividades pedagógicas.

O art. 124 dispõe sobre direitos específicos dos adolescentes:

- entrevista pessoal com o representante do MP;
- entrevista reservada com seu defensor, dentre outros.

As visitas podem ser suspensas pelo juiz, sob o fundamento de segurança e proteção do menor, entretanto, em nenhuma hipótese o menor poderá ficar incomunicável.

TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

1. OS PROCEDIMENTOS DE ATOS INFRACIONAIS

1.1. Apuração de Ato Infracional Atribuído ao Adolescente

O art. 172 dispõe sobre o flagrante de ato infracional. Apreendido em flagrante, o adolescente será encaminhado à Delegacia de Polícia para que a autoridade policial apure a infração. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê uma Delegacia Especial para o encaminhamento de menores, delegacia essa que, entretanto, no Estado de São Paulo não existe.

O Delegado de Polícia deve fazer um auto de apreensão em flagrante. O Estatuto da Criança e do Adolescente permite a substituição do auto de apreensão em flagrante pelo boletim de ocorrência circunstanciado quando o ato infracional não foi cometido com violência ou grave ameaça.

Se uma criança for apreendida em flagrante de ato infracional, deverá ser encaminhada ao Conselho Tutelar e, na falta desse, ao Juízo da Infância e Juventude, sendo, quando possível, restituída aos pais ou responsáveis.

Além de preparar o auto, a autoridade policial deve determinar a realização das perícias necessárias. Feito o auto e determinada a realização das perícias necessárias, a autoridade tomará uma das duas providências a seguir:

- se o ato infracional não for grave e comparecem os pais ou responsáveis, o adolescente será liberado, mediante termo de compromisso de apresentação ao Ministério Público, no mesmo dia ou no dia útil seguinte. Liberado o menor, a autoridade encaminha ao

Ministério Público o auto de apreensão em flagrante e todos os laudos que foram realizados;

- se o ato infracional for grave, que tenha repercussão social ou, ainda, para a segurança do próprio adolescente ou da ordem pública, a autoridade policial não libera o adolescente, ainda que os pais compareçam. Nesse caso, a própria autoridade policial irá encaminhar o menor ao Ministério Público imediatamente, junto com as peças que tiver. Se não for possível a apresentação imediata ao Ministério Público, o menor deverá ser encaminhado a uma entidade de atendimento, que deverá apresentá-lo no prazo de 24h. Na falta de uma entidade de atendimento, o menor deve ficar numa dependência de uma Delegacia, separado dos maiores, pelo prazo máximo de 24h.

Pode acontecer de não haver a apreensão em flagrante. Sendo descoberto, por investigação, que o menor cometeu ato infracional, deverá o Juiz da Infância determinar a apreensão (apreensão judicial). Nesse caso, o menor deve ser apreendido e imediatamente apresentado ao juiz.

O menor, após apresentado ao juiz, deve ser encaminhado ao Ministério Público, que ouvirá o menor - oitiva informal -, apreciará as peças encaminhadas pela autoridade policial e iniciará a ação sócio-educativa por meio de representação.

Pode o próprio Ministério Público, ao oferecer a representação, requerer a apreensão judicial do menor.

O adolescente não pode ser conduzido no compartimento fechado do veículo policial, ou em condições atentatórias à sua dignidade, ou que impliquem risco à sua integridade física ou moral (art. 178 do ECA). O

descumprimento dessa norma é abuso de autoridade.

O uso de algemas, em qualquer situação (tanto para o maior quanto para o menor), é regulado por um decreto estadual. É uso necessário para garantir a ordem pública; assim, no caso de existir essa necessidade, podemser utilizadas, em algumas hipóteses, em adolescentes. Criança não pode ser algemada em nenhuma hipótese.

2. PROCEDIMENTO JUDICIAL DA MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA

Ao receber a representação, o juiz deve designar a audiência de apresentação (essa audiência tem por fim a oitiva do menor e de seus representantes legais). O juiz notifica a esses o teor da representação e que eles devem comparecer à audiência de apresentação acompanhados de advogado (é uma citação). Na audiência de apresentação (que deve acontecer sempre com advogado), o juiz ouvirá o menor e seus representantes legais e poderá decidir pela remissão (ouvido o Ministério Público).

Se o adolescente não for localizado, o juiz determinará busca e apreensão, e o processo ficará suspenso (não há processo à revelia). Se os pais não forem localizados, o juiz nomeará curador que poderá ser o próprio advogado.

Após a audiência de apresentação, o juiz designará uma segunda audiência, chamada de audiência de continuação, na qual determinará tudo que for necessário (prova, estudo social etc.); é a audiência de produção de provas, debates e julgamento. Após essa segunda audiência, o juiz, se entender

adequado, pode conceder a remissão (art. 188). Não sendo caso de remissão, o juiz dará a sentença (que não é condenatória nem absolutória) para a aplicação de medida sócio-educativa.

Em seguida, há a intimação da sentença, que pode se dar de duas formas:

- se o juiz aplicar internação ou semi-liberdade, a intimação é feita ao adolescente e ao seu advogado; se o menor não for encontrado, a intimação é feita ao representante legal e ao seu advogado;
- quando o juiz aplica qualquer outra medida, a intimação é feita somente ao defensor.

MÓDULO XI

TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

Estatuto da Criança e do Adolescente

1. MEDIDAS PERTINENTES AOS PAIS OU RESPONSÁVEIS (ART. 129)

- Encaminhamento a programa de apoio à família.
- Tratamento psicológico ou psiquiátrico, se necessário.
- Determinação de matrícula e freqüência obrigatória do menor no estabelecimento de ensino.
- Obrigação de ser dado tratamento médico adequado ao menor.
- Advertência.
- Perda da guarda.
- Destituição de tutela.
- Suspensão ou destituição do Pátrio Poder.

O ECA também tem uma previsão de medida cautelar no art. 130: poderá o juiz determinar a retirada dos pais do lar desde que haja maus tratos, opressão ou abuso sexual, ou seja, ao invés de encaminhar o menor ao abrigo, o juiz pode determinar que os pais se retirem da casa.

2. RECURSOS

O sistema de recursos utilizado é o do Código de Processo Civil. O prazo para interposição e resposta de qualquer recurso é de 10 dias, com exceção dos embargos de declaração e do agravo de instrumento, que têm o prazo de 5 dias. A competência para apreciar o recurso é do Tribunal de Justiça (Câmara Especial). O Ministério Público possui o prazo em dobro (art. 188, CPC).

A apelação também se diferencia em alguns pontos:

- Há o juízo de retratação.
- Tem efeito devolutivo, mas o juiz pode conceder o efeito suspensivo sempre que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. O efeito suspensivo é obrigatório para a apelação de sentença que defere a adoção internacional. Em se tratando de Ação Civil Pública (art. 225, ECA), permite-se a concessão de efeito suspensivo para evitar dano irreparável à parte.

MÓDULO XII

TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

Código de Defesa do Consumidor

1. CONCEITO DE CONSUMIDOR

O art. 2.º do Código de Defesa do Consumidor dispõe o conceito de consumidor: *consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final*. O consumidor é o fim da cadeia econômica, é aquele que tem necessidade do produto ou do serviço, que o adquire para seu uso.

O sistema de proteção leva em conta a vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor, conforme arts. 4.º, inc. I e 6.º, inc. VIII, respectivamente. O consumidor vulnerável é aquele que não controla a linha de produção do que consome, e o hipossuficiente é aquele que reúne condições econômicas desfavoráveis. Os arts. 4.º e 6.º completam o art. 2.º em uma interpretação sistemática, visto que leva em conta o sistema todo do Código.

O par. ún. do art. 2.º equipara a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, ao consumidor, desde que haja intervisto em uma relação de consumo. Então, a relação jurídica de consumo protegida pelo CDC pode ser individual, coletiva ou até difusa, caso sejam pessoas indetermináveis.

Para se utilizar o Código de Defesa do Consumidor, há necessidade de um consumidor que adquira produto de um fornecedor.

2. CONCEITO DE FORNECEDOR

O art. 3.º do CDC traz o conceito de fornecedor: *pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem as atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços*. Quem exerce essas atividades, habitualmente, é considerado fornecedor.

3. PRODUTOS

Art. 3.º, § 1.º, do Código de Defesa do Consumidor.

Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial, objeto de uma relação de consumo. O produto é objeto da relação de consumo quando destinado à satisfação da necessidade do consumidor e quando tiver valor econômico (puder ser apropriado pelo consumidor).

Amostra Grátis poderá ser considerada produto para fins de utilização do CDC, visto que possui um valor e pode ser apropriada.

4. SERVIÇOS

Art. 3.º, § 2.º, do Código de Defesa do Consumidor.

Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. O serviço que não for remunerado (serviço gratuito), não poderá fazer parte de uma relação de consumo. Se houver remuneração, ainda que indireta, haverá relação de consumo.

O conceito inclui o serviço público. A relação que o contribuinte tem com o Estado é de cidadania e não de consumo, portanto, quem paga tributo não é consumidor. Tratando-se, porém, de serviço público individual e facultativo, remunerado por tarifa ou preço público, a relação passa a ser de consumo, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor.

Além desse conceito genérico, a Lei dispõe "inclusive as de natureza bancária (...)", escolhendo como técnica uma exemplificação de atividades. Após as inclusões, faz uma exclusão: "salvo as atividades de natureza trabalhista". Aquele que for contratado como empregado presta um serviço com base na CLT e não com base no CDC, visto que a relação jurídica é diversa.

No caso de profissional liberal que presta serviços, há uma relação de consumo. (ex.: advogados, médicos, dentistas etc.).

O Código de Defesa do Consumidor estabelece como regra a responsabilidade objetiva; entretanto, no caso de profissional liberal, a responsabilidade é subjetiva - estando tal exceção prevista pelo próprio CDC - devendo-se provar a culpa (art. 14, § 4.º, CDC).

Empreiteiro de mão-de-obra pode ser profissional liberal ou empregado. Normalmente, a figura do empreiteiro está ligada a uma relação de consumo

(somente terá relação trabalhista se o empreiteiro for contatado como empregado de alguma empresa).

A atividade dos investidores do mercado mobiliário (compra e venda de ações na bolsa de valores) não é uma relação de consumo, tendo em vista haver lei especial que regula o assunto (Lei n. 7.913/89).

5. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À DEFESA DO CONSUMIDOR

5.1. Princípio da Vulnerabilidade

O art. 5.º, inc. XXXII, da Constituição Federal traz como um dos direitos e garantias fundamentais a defesa do consumidor. A CF reconhece o consumidor como vulnerável, um ente que necessita de proteção.

5.2. Princípio Geral da Atividade Econômica

A defesa do consumidor é um dos princípios gerais da atividade econômica, prevista no art. 170, inc. V, da Constituição Federal.

5.3. Proteção contra a Propaganda e a Publicidade

O art. 37, § 1.º, da Constituição Federal estabelece que os órgãos públicos devem dar caráter informativo e educativo à sua publicidade. O art. 220, § 3.º, inc. II, da Carta Constitucional estabelece a proteção contra a propaganda de produtos, serviços e atividade que possam ser prejudiciais à

saúde. Por fim, o art. 220, § 4.º, determina que a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcóolicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias devem conter advertências sobre os malefícios do seu uso.

5.4. Princípio da Informação

O art. 5.º , inc. XXXIII, da Constituição traz o dever dos órgãos públicos de informar ao cidadão sobre os assuntos do seu interesse.

6. DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR (ARTS. 6.º ao 10.°)

6.1. Proteção à Vida, Saúde e Segurança do Consumidor

O consumidor deve ser informado pelo fornecedor sobre os riscos do produto ou do serviço. O produto perigoso – exceto se a periculosidade for excessiva – poderá ser vendido no mercado, , desde que o consumidor seja informado do perigo. Se o produto foi colocado sem risco no mercado, entretanto, posteriormente percebe-se sua periculosidade, continuará existindo o dever de informação e o produto deverá ser retirado do mercado. O produto pode ser retirado pelo próprio fornecedor (*recall*) ou pelo Estado, pela sua força coercitiva.

6.2. Princípio da Educação e da Informação

A informação, aqui, está em sentido estrito, ou seja, informação quanto ao funcionamento do produto. É a informação-educação trazida pelos manuais

de instrução. O manual de instrução deve ser em português, visto que informação em língua estrangeira não é informação.

6.3. Proteção contra Práticas Abusivas

Prática abusiva é aquela condição de negociação anormal que causa um prejuízo indevido ao consumidor. Protege-se, aqui, o efeito vinculante da oferta (art. 30, CDC), ou seja, se ofereceu, estará obrigado a cumprir. Proteção contra as cláusulas contratuais abusivas: as cláusulas abusivas no contrato de consumo são nulas (art. 51 do CDC) .

6.4. Inversão do Ônus da Prova

O que tem prevalecido, hoje, é que a inversão do ônus da prova não é uma regra obrigatória, ou seja, é faculdade do juiz. O juiz poderá inverter o ônus da prova, no caso concreto, diante de duas circunstâncias:

- *Verossimilhança ou plausibilidade:* credibilidade que tem a alegação do consumidor, o conteúdo de verdade na alegação do consumidor;
- *Hipossuficiência*.

6.4.1. Momento da inversão do ônus da prova

O momento da inversão do ônus da prova é tema polêmico ainda não pacificado: uma corrente entende que a inversão deve ocorrer na sentença, sendo uma regra de decisão e não de procedimento; outra posição entende que é uma regra de procedimento, portanto, o juiz deve decidir a inversão até o

despacho saneador. Na jurisprudência, há decisões nos dois sentidos, não havendo uma posição majoritária.

6.5. Liberdade de Escolha

O consumidor tem o direito de escolher livremente.. É o que enseja a livre concorrência. O monopólio atinge o direito da liberdade de escolha.

6.6. Igualdade nas Contratações

O consumidor tem direito de tratamento igualitário (princípio da isonomia), que não poderá ser preterido. Evidentemente essa igualdade não atinge os desiguais.

6.7. Solidariedade em Relação aos Danos

Aqueles que forem responsáveis pelos danos são solidariamente responsáveis.

7. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO OU DO SERVIÇO

O disposto no art. 12 do CDC, trata dos danos, acidentes decorrentes da relação de consumo. A natureza da responsabilidade pelo fato é objetiva, ou seja, responsabilidade sem discussão de culpa.

Para que exista essa responsabilidade objetiva, é necessário alguns

requisitos.

7.1. Requisitos da Responsabilidade Objetiva

7.1.1. Dano

Esse dano deve ser causado pelo produto ou pelo serviço.

7.1.2. Defeito do produto ou do serviço

É a falta de correspondência do produto ou do serviço com a expectativa legítima do consumidor. A expectativa é legítima quando decorre da informação obtida acerca do produto ou do serviço.

7.1.3. Nexo causal entre o defeito e o dano

Essa responsabilidade objetiva é relativa, visto que a lei traz excludentes que afastam tal responsabilidade.

7.2. Excludentes da Responsabilidade Objetiva

- Culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros.
- Inexistência de defeito: *dano causado por outro motivo*.
- Não colocação do produto ou do serviço no mercado de consumo: *por exemplo, casos de falsificação, furto etc. do produto ou do serviço.*

Existe, ainda, uma quarta hipótese de excludente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência: caso fortuito ou força maior. Exclui a responsabilidade, visto que rompe o nexo causal entre o dano e o defeito. Exclui a responsabilidade, entretanto, quando o caso fortuito ou força maior ocorrer após a colocação do produto ou serviço no mercado de consumo.

8. PERICULOSIDADE DOS PRODUTOS OU SERVIÇOS

Um produto pode ter a chamada “periculosidade inerente”, que decorre de sua natureza. Essa periculosidade inerente não dá causa à responsabilidade pelo fato (exemplo: inseticida).

A segunda espécie de periculosidade é a “periculosidade adquirida”, aquela que decorre do defeito. Essa periculosidade dá causa à responsabilidade pelo fato, visto que o consumidor não a esperava.

Há, ainda, a “periculosidade exagerada” (ex.: produtos radioativos etc.). Esses produtos não poderão ser levados ao mercado de consumo (produtos de circulação restrita). Quem fornecer um produto de periculosidade exagerada terá responsabilidade objetiva.

8.1. Riscos de Desenvolvimento

Haverá a responsabilidade objetiva quando o produto ou o serviço for colocado no mercado, em princípio, sem defeito; posteriormente, devido a uma nova técnica, descobre-se que há defeito causador de dano ao consumidor. Ocorre a responsabilidade, visto que quem lucra com o produto ou serviço

deve se responsabilizar pelo mesmo. Diferente do que acontece com a melhora tecnológica do produto – um risco de desenvolvimento –, que não vai gerar responsabilidade, visto que a melhoria do produto não gera defeito no produto anterior.

8.2. Defeitos no Produto

8.2.1. Classificação doutrinária dos defeitos

Classificam-se os defeitos em três espécies:

- *Defeito de criação*: é o defeito que ocorre na fórmula, no projeto, ou seja, na criação do produto. A conseqüência é que todos os produtos conterão defeito.
- *Defeito de produção*: é o defeito que ocorre na linha de produção, na montagem, na fabricação do produto. A conseqüência é que somente os produtos daquela série ou lote terão defeito (somente um número limitado de produtos terá defeito).
- *Defeito de informação*: é o defeito da propaganda, da publicidade, da informação que o consumidor recebe. Atinge todos os produtos enquanto durar a informação defeituosa.

8.3. Responsáveis pelo Fato do Produto ou do Serviço

O art. 12 do Código de Defesa do Consumidor enumera os fornecedores que são responsáveis:

- o fabricante;

- o produtor;
- o construtor;
- o importador.

Esse rol é taxativo. Esses quatro fornecedores são solidariamente responsáveis. Classificam-se em:

- *real*: fabricante, produtor, construtor;
- *presumido*: é o importador;
- *aparente*: é a "marca" que se mostra ao consumidor, e esse fornecedor é solidariamente responsável com o detentor da marca; aparece nos contratos de franquia.

O art. 13 dispõe que a responsabilidade do comerciante é subsidiária. O comerciante responde quando um dos quatro responsáveis principais não forem identificados pelo consumidor; responde ainda pela má conservação de produtos perecíveis e pela venda fora do prazo de validade.

8.4. Direito de Regresso

Pode haver a hipótese de mais de um responsável (solidariedade). Quando um deles indenizar, haverá o direito de regresso em face do outro. O direito de regresso, entretanto, só poderá ser exercido após a indenização ao consumidor (art. 13, par. ún., do CDC).

Questão: É possível a denunciação da lide por responsabilização pelo fato do produto e do serviço?

Resposta: Tendo em vista que o CDC exige a indenização para o direito de regresso, não haverá a possibilidade de denunciação da lide (art. 88 do CDC).

8.5. Defeitos do Serviço

As regras são as mesmas do defeito de produto. O serviço público está incluído. O serviço do profissional liberal, por expressa disposição do CDC, está excluído da hipótese de responsabilidade objetiva, tendo em vista sua responsabilidade ser subjetiva (art. 14, § 4.º).

8.6. Equiparação do Conceito de Consumidor

O art. 17 do Código de Defesa do Consumidor equipara aos consumidores todas as vítimas do evento para fins de indenização.

9. RESPONSABILIDADE PELO VÍCIO DO PRODUTO OU SERVIÇO

É a responsabilidade pelo defeito do produto ou do serviço. Continua sendo uma responsabilidade objetiva em que todos os fornecedores, inclusive o comerciante, são solidariamente responsáveis.

9.1. Vícios do Produto

9.1.1. Classificação

Há dois tipos de vício:

a) Vício de qualidade

É aquele capaz de tornar o produto impróprio ou inadequado para o consumo ou, ainda, capaz de reduzir o seu valor. O vício de qualidade pode ser aparente ou oculto, não havendo diferença no CDC. É possível, entretanto, ser efetuada uma venda de produto com defeito, desde que o consumidor seja avisado do mesmo e que ocorra um abatimento proporcional do preço. Descartando-se essa hipótese, o fornecedor que efetuar uma venda de produto com vício de qualidade deverá reparar o produto, trocar as partes viciadas ou consertá-las, no prazo de 30 dias (art. 18, *caput*, do CDC). Passado esse período, o consumidor poderá exigir, alternativamente e à sua escolha, que o fornecedor:

- substitua o produto por outro da mesma espécie;
- devolva o valor pago pelo produto, devidamente atualizado;
- abata proporcionalmente o preço.

No caso de produtos essenciais, o § 3.º excepciona a regra do art. 18, § 1.º, do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista não poder o

consumidor aguardar os trinta dias para reparo (ex: alimentos, vestuário, medicamentos e outros).

b) Vício de quantidade

É aquela desproporção do constante no rótulo da embalagem e o efetivo conteúdo do produto. As sanções impostas ao fornecedor são de escolha do consumidor:

- abatimento proporcional do preço;
- complementação do peso ou da medida;
- substituição do produto por outro;
- restituição imediata das quantias pagas e devidamente atualizadas.

9.2. Vícios do Serviço

Tambémquanto aos vícios de serviço, as sanções impostas ao fornecedor são escolhidas pelo consumidor (art. 20, CDC):

- reexecução do serviço sem custo adicional;
- restituição imediata da quantia paga, devidamente atualizada;
- abatimento proporcional do preço.

TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

Direito do Consumidor

1. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO

A decadência consiste na extinção de direitos subjetivos que deixaram de ser constituídos pela inércia dos titulares em determinado período do tempo.

A prescrição, por sua vez, é a extinção do direito subjetivo já constituído, por não ser exigido pelo titular em determinado período de tempo.

1.1. Prazos (Arts. 26 e 27 do Código de Defesa do Consumidor)

Os prazos decadenciais são:

- 30 dias: tratando-se de fornecimento de serviços ou produtos não duráveis;
- 90 dias: tratando-se de fornecimento de serviços ou produtos duráveis.

O termo inicial dá-se da seguinte forma:

- se o vício for aparente, o prazo inicial começa a partir da entrega do produto ou serviço;

- se o vício for oculto, o prazo inicial começa no momento em que ficar evidenciado o defeito.

O prazo prescricional, no caso de responsabilidade por danos em acidentes causados por defeitos dos produtos ou serviços, é de cinco anos, contados a partir do conhecimento por parte do consumidor do dano e sua autoria.

1.2. Causas Suspensivas da Decadência

São causas suspensivas da decadência:

- a reclamação comprovadamente feita pelo consumidor até a resposta negativa do fornecedor;
- a instauração de inquérito civil pelo Ministério Público, até seu encerramento.

2. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (ART. 28 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR)

O Código de Defesa do Consumidor acolhe a teoria da desconsideração da personalidade jurídica como uma faculdade do juiz, no caso concreto, nas seguintes hipóteses:

- abuso de direito;
- excesso de poder;
- infração da lei;
- violação de estatutos ou controle social;
- falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração;
- sempre que a personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao consumidor.

Se presente o requisito de existência do prejuízo ao consumidor, o juiz deverá desconsiderar a personalidade jurídica, fazendo com que a responsabilidade recaia sobre o controlador, o administrador, o proprietário etc.

3. PRÁTICAS ABUSIVAS

São as condições irregulares de negociações nas relações de consumo que ferem a boa-fé, os bons costumes, a ordem pública e a ordem jurídica. Devem estar ligadas ao bem-estar do consumidor final.

O rol do art. 39 do Código de Defesa do Consumidor é meramente exemplificativo.

3.1. Classificação das Práticas Abusivas

3.1.1. Quanto ao momento em que se manifestam no processo

- *Práticas abusivas produtivas*: ocorrem no momento da produção.
- *Práticas abusivas comerciais*: dão-se após a produção, para garantir a circulação dos produtos e serviços até o destinatário final.

3.1.2. Quanto ao aspecto jurídico contratual

- *Práticas abusivas contratuais*: no interior do próprio contrato.
- *Práticas abusivas pré-contratuais*: surgem antes da contratação.

3.2. Hipóteses Legais (Art. 39 do Código de Defesa do Consumidor)

- *Condicionamento do fornecimento*: o Código de Defesa do Consumidor proíbe a venda casada, na qual o fornecedor se nega a vender um produto ou serviço sem que o consumidor adquira também outro produto ou serviço. Proíbe também a venda quantitativa, pela qual o consumidor seria obrigado a adquirir quantidade maior ou menor do que a pretendida. Trata-se de proibição relativa, como bem observa ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS E

BENJAMIN[1] : "O limite quantitativo é admissível desde que haja *justa causa* para sua imposição. Por exemplo, quando o estoque do fornecedor for limitado. A prova da excludente, evidentemente, compete ao fornecedor. A justa causa, porém, só tem aplicação aos limites quantitativos que sejam inferiores à quantidade desejada pelo consumidor. Ou seja, o fornecedor não pode obrigar o consumidor a adquirir quantidade maior que as suas necessidades". O desconto associado à compra de vários produtos deve ser aplicado em um só produto.

- *Recusa de atendimento*: o fornecedor não pode recusar-se a atender ou a fornecer, desde que o produto esteja disponível. Ex.: taxista que se recusa a transportar passageiro por ser pequena a distância da corrida.

- *Aproveitamento da hipossuficiência*: alguns consumidores, em razão da idade, da condição econômica, da saúde ou do pouco conhecimento, gozam de proteção especial porque são ainda mais vulneráveis.

- *Fornecimento não solicitado*: a regra é que o consumidor só receberá produtos que tenha expressamente solicitado; produtos que sejam fornecidos sem prévia solicitação não precisam ser pagos, porque são tidos como amostra grátis.

- *Exigência da vantagem excessiva*: basta a exigência da vantagem excessiva, não depende de recebimento. O Código de Defesa do Consumidor considera nula de pleno direito a cláusula contratual que confere ao fornecedor vantagem exagerada, excessiva.

---

[1] *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998

- *Serviços sem orçamento*: entregar orçamento é um dever do fornecedor e ter acesso ao orçamento é um direito do consumidor. O orçamento é válido por 10 dias, salvo estipulação em contrário, e não é lícita a cobrança para feitura de orçamento exclusivamente. O fornecedor está obrigado a entregar ao consumidor orçamento prévio com as datas de início e término dos serviços. O valor orçado terá validade de 10 dias, contados do recebimento pelo consumidor (salvo estipulação em contrário). Depois de aprovado, o orçamento obriga os contratantes e só poderá ser modificado mediante livre negociação das partes. O consumidor não responde por quaisquer ônus ou acréscimos decorrentes da contratação de serviços de terceiros não previstos no orçamento prévio.

- *Inexistência de prazo (entrega ou conclusão)*: o fornecedor deve estipular o prazo de entrega do produto ou de conclusão do serviço, além do preço e forma de pagamento.

- *Divulgação de informações negativas a respeito do consumidor*: repassar informação depreciativa referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos.

- *Exigência de intermediários*: obrigar o consumidor a contratar por interposta pessoa, terceiro, corretor, despachante, salvo nas hipóteses legais.

4. PUBLICIDADE

O princípio da vinculação contratual estabelece a necessidade de o contrato acompanhar a informação divulgada, obrigando o fornecedor em seus termos (arts. 30 e 35 do Código de Defesa do Consumidor).

O princípio da identificação dispõe que a publicidade não pode ser dissimulada (art. 36, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor).

O princípio da veracidade observa que a mensagem há de conter elementos verídicos e que o fornecedor se obriga a apresentar dados fáticos técnicos que confirmem o divulgado (art. 37, § 1.º, do Código de Defesa do Consumidor).

O princípio da não abusividade estabelece que a publicidade não pode levar a erro ou explorar consciência religiosa, superstição ou crendice popular. O abuso pode decorrer de ação ou omissão, conforme a publicidade afirme algo inexistente ou deixe de divulgar informação relevante (art. 37, § 2.º, do Código de Defesa do Consumidor).

5. DA PROTEÇÃO CONTRATUAL

A finalidade do Código de Defesa do Consumidor é o suprimento da necessidade do consumidor como destinatário final.

Vigora o princípio da conservação do contrato (art. 6.º, inc. V), ou seja, o Código de Defesa do Consumidor admite mudanças no contrato para que este seja mantido.

Vige também o princípio da boa-fé (arts. 4.º, inc. III, e 51, inc. IV, do Código de Defesa do Consumidor).

O princípio da vinculação à oferta (dever de prestar) também vigora no Código de Defesa do Consumidor (art. 30).

A resolução em perdas e danos é opção do consumidor, já que este pode preferir a execução específica do contrato (princípio da execução específica – arts. 35 e 84, § 1.º , do Código de Defesa do Consumidor).

5.1. Disposições Gerais

Os contratos devem regular a relação de consumo.

Há necessidade do conhecimento prévio do consumidor sobre o conteúdo do contrato, sob pena de este não obrigar o consumidor. Não basta a mera leitura, é preciso o efetivo conhecimento por parte do consumidor.

O contrato deve conter redação clara e compreensível para que a obrigação assumida pelo consumidor seja exigível.

As cláusulas contratuais serão interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor. Não fere o princípio da isonomia, porque esse princípio deve ser entendido como igualmente substancial, ou seja, deve tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade.

As declarações de vontade vinculam o fornecedor, ensejando inclusive a execução específica.

5.1.1. Direito de arrependimento

O Código de Defesa do Consumidor dispõe sobre a denúncia vazia do contrato de consumo ou direito de arrependimento. O consumidor pode voltar atrás em sua declaração de vontade de celebrar a relação de consumo. Não precisa justificar.

O direito de arrependimento serve apenas para o contrato realizado fora do estabelecimento comercial. Isso devido à falta de contato com o produto.

A lei fixa o prazo de sete dias para o consumidor refletir sobre a necessidade do produto, ou seja, para devolver o produto sem ônus. O prazo é contado a partir do recebimento do produto.

Exceções ao direito de arrependimento:

- Quando for da essência do contrato ser realizado fora do estabelecimento comercial. Ex: compra de imóvel.
- O costume: se o comerciante sempre comprou daquela forma determinado produto.

O Código de Defesa do Consumidor dispõe sobre a garantia contratual. É um *plus* oferecido pelo fornecedor ao consumidor. Será fixada livremente. Não pode ser dada verbalmente.

6. CLÁUSULAS ABUSIVAS

São aquelas notoriamente desfavoráveis ao consumidor.

As cláusulas abusivas são nulas de pleno direito (art. 51 do Código de Defesa do Consumidor). A nulidade deve ser reconhecida judicialmente. A sentença que reconhece a nulidade tem natureza constitutiva negativa e opera efeito *ex tunc*.

Por ser matéria de ordem pública, a nulidade de pleno direito não é atingida pela preclusão.

A ação para pleitear o reconhecimento da nulidade é imprescritível.

O rol do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor é meramente exemplificativo. Ele traz as espécies de cláusulas abusivas:

- *Cláusula de não indenizar*: exime o fornecedor da responsabilidade.
- *Cláusula de renúncia ou disposição de direitos*: não tem validade porque quebra o equilíbrio contratual.
- *Cláusula de limitação da indenização com consumidor/pessoa jurídica*: a lei permite a estipulação de limite da indenização, mas não a exoneração, desde que a situação seja justificável.
- *Cláusula que impeça o reembolso da quantia paga pelo consumidor*.
- *Transferência de responsabilidade a terceiros*: as partes devem suportar os ônus e as obrigações decorrentes da relação de consumo. Obs.: o contrato de seguro não é transferência de responsabilidade. O fornecedor apenas garante essa responsabilidade.

- *Colaboração do consumidor em desvantagem exagerada*.
- *Cláusula incompatível com a boa-fé e a eqüidade*.
- *Inversão prejudicial do ônus da prova*.
- *Arbitragem compulsória*: não se admite a cláusula que obriga a arbitragem. As partes *podem* contratar a arbitragem para solucionar conflitos decorrentes da relação de consumo.
- *Representante imposto para concluir outro negócio jurídico pelo consumidor*.
- *Opção exclusiva do fornecedor para concluir o contrato*.
- *Alteração unilateral do preço*.
- *Cancelamento unilateral do contrato por parte do fornecedor*.
- *Ressarcimento unilateral dos custos de cobrança*.
- *Modificação unilateral do contrato*.

TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

Meio Ambiente – Lei n. 6.938/81

1. INTRODUÇÃO

O art. 3.º da Lei conceitua meio ambiente como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química ou biológica, que permitem, abrigam e regem a vida em todas as suas formas.

A doutrina faz distinção entre meio ambiente natural, meio ambiente artificial e meio ambiente do trabalho:

- *Meio ambiente natural*: é o que existe independentemente da atuação do homem (flora, fauna).
- *Meio ambiente artificial*: é o que resulta da interação do homem com o meio ambiente natural. Alguns autores o chamam de meio ambiente cultural ou patrimônio cultural (urbanismo, paisagismo, zoneamento, meio ambiente do trabalho, patrimônio histórico).
- *Meio ambiente do trabalho*: existe uma dificuldade para saber se envolve relação contratual de trabalho ou não. Tem competência para resolver esta questão a Justiça do Trabalho (trabalho insalubre, p. ex.). Mas se há, por hipótese, uma caldeira com perigo de explosão, colocando em risco grande número de pessoas, tem competência a Justiça Estadual (decisão do STJ). Se o meio ambiente do trabalho se relaciona com contrato de trabalho, relação trabalhista, tem competência a Justiça Trabalhista. Caso se relacione à saúde, à

segurança, tem competência a Justiça Estadual. No campo do MP Estadual, atua a Promotoria de Acidentes do Trabalho. Havia discussão se a competência era da Vara Comum ou da de Acidentes do Trabalho. Hoje é pacífico, a competência é da Vara de Acidente do Trabalho.

Com relação ao patrimônio histórico, questiona-se qual é o caminho para a proteção, se via administrativa ou via judicial.

Pela via administrativa temos o tombamento – procedimento administrativo destinado à proteção do bem, que não poderá mais ter suas características modificadas.

Um bem que não está tombado pode ter proteção judicial, pois o esgotamento da via administrativa não é condição para o requerimento de proteção judicial. Não há vinculação. Pode-se propor ação civil pública para obter decisão judicial de proteção do patrimônio histórico.

O dano ao meio ambiente é matéria de interesse difuso, mas é possível que um terceiro sofra particularmente um dano, tornando individual o interesse (da vítima) – sem que o prejuízo ao meio ambiente perca sua característica de difuso.

P: Qual princípio trata da responsabilidade pelo dano ao meio ambiente?

R: São dois os princípios. O princípio da responsabilidade objetiva, que significa que independe de culpa do causador do dano, sendo necessário apenas a prova desse, da atividade e do nexo causal; e o princípio da responsabilidade solidária, em que todo causador de dano (partícipe) responde

por ele solidariamente – após, é possível a discussão de responsabilidade individual em ação regressiva.

1.1. Medidas Protetivas do Meio Ambiente

1.1.1. Medidas protetivas administrativas

- *Inquérito Civil*: exclusivamente do MP.
- *EIA (Estudo de Impacto Ambiental)*: é procedimento administrativo destinado à prevenção e monitoramento dos danos ambientais. É um estudo das possíveis modificações que a atividade pode causar ao meio ambiente. Deve ser feito obrigatoriamente antes de qualquer atividade que possa causar dano ao meio ambiente e publicado no Diário Oficial. Se não for realizado, é possível sua imposição por decisão em ação civil pública. Todo EIA tem um RIMA (Relatório de Impacto Ambiental).

A autoridade que faz o EIA é designada pela Secretaria do Meio Ambiente (área federal e estadual). Nada impede que empresa privada o forneça.

1.1.2. Medidas protetivas judiciais

- *Ação Popular*.

- *Ação Civil Pública*: MP, União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações (art. 5.º da Lei n. 7.347/85).

Deve figurar no pólo passivo das ações todo aquele que, por ação ou omissão, direta ou indiretamente, causar dano ou ameaça de dano ao meio ambiente, inclusive o próprio Poder Público, desde que atue diretamente.

A omissão do Estado em fiscalizar, prevenir o dano ambiental acarreta sua responsabilidade subjetiva, dependendo da demonstração de culpa; mas, quando pratica uma conduta comissiva, sua responsabilidade passa a ser objetiva.

As indenizações referentes às ações ambientais são destinadas a um fundo específico para o meio ambiente.

P: Ação ambiental prescreve?

R: Não, pois o objeto de sua proteção é imprescritível.

1.2. Responsabilidade pelo Dano Ambiental

A responsabilidade de natureza objetiva tem fundamento legal no art. 14, § 1.º, da Lei n. 6.938/81 – o poluidor é obrigado, independentemente da existência de culpa, a reparar o dano causado ao meio ambiente e o dano causado a terceiro em razão da atividade.

A responsabilidade solidária entre todos os causadores do dano ambiental significa que a ação pode ser proposta contra qualquer um dos responsáveis (que primeiro deve reparar o dano e depois terá o direito de

regresso em face dos demais causadores do prejuízo – mesmo princípio do Código do Consumidor).

1.3. Conceitos de Direito Ambiental

Degradação da atividade ambiental é toda alteração adversa das características do meio ambiente, alteração contrária ao meio ambiente;

Poluição é a degradação da atividade ambiental, mas a lei distingue a atividade ambiental da poluição.

Para a Lei, *poluição* é a degradação da atividade ambiental que:

- resulte direta ou indiretamente em prejuízo para a saúde, segurança e bem estar do cidadão;
- resulte direta ou indiretamente em condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- afete de maneira desfavorável a biota (conjunto de seres animais e vegetais de uma região);
- afete as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- gere lançamento de matéria ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Poluidor: é a pessoa física ou jurídica de Direito público ou privado, responsável direta ou indiretamente por atividade causadora de poluição, de degradação ambiental.

Recursos ambientais: são constituídos pela atmosfera, pelas águas, sejam superficiais ou subterrâneas, pelos estuários (nascentes de água), pelo mar territorial, solo, subsolo, elementos da biosfera (onde encontramos seres vivos, fauna e flora).

1.4. Princípios de Direito Ambiental

1.4.1. Princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal

Art. 225, *caput*, CF, e art. 2.º da Lei n. 6.938/81: O Poder Público tem o dever de defender e preservar o meio ambiente, assegurando a sua efetividade. A ação governamental deve ser dirigida para o equilíbrio ecológico.

1.4.2. Princípio da prevenção e da precaução

Art. 225, *caput*, art. 225, § 1.º, inc. IV, da CF, e art. 2.º da Lei n. 6.938/81: Deve ser dada prioridade às medidas que evitem os danos ao meio ambiente. Impõe a obrigatoriedade de estudo prévio de impacto ambiental (EIA); publicidade a esse estudo, proteção de áreas ameaçadas de degradação (proteção do ecossistema).

1.4.3. Princípio da educação ambiental, também chamado de princípio da informação

Art. 225, *caput*, § 1.º, inc. VI e art. 2.º, inc. IX, da Lei n. 6.938/81: O Poder Público deverá promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e deve promover a conscientização pública da necessidade de

preservação do meio ambiente. A comunidade deve estar capacitada para participar da defesa do meio ambiente.

1.4.4. Princípio da cooperação ou da participação.

Art. 225, *caput,* e art. 2.º, inc. X, da Lei n. 6.938/81: O Estado e a coletividade devem atuar conjuntamente na prevenção e na preservação do meio ambiente (cooperação entre o Estado e a sociedade, e participação efetiva da sociedade na proteção do meio ambiente).

1.4.5. Princípio do poluidor pagador, também chamado de princípio da responsabilização

Art. 225, § 3.º, da CF, e art. 4.º da Lei n. 6.938/81: O poluidor é obrigado a corrigir, a recuperar o meio ambiente, além de ser obrigado a cessar a atividade nociva. A recuperação ambiental pode ocorrer por indenização – para a coletividade, não para o Estado – destinada a um fundo com gerência específica. A responsabilidade é objetiva e abrange aspectos civis, penais e administrativos.

1.4.6. Princípio da política demográfica adequada

Está dentro do princípio da intervenção estatal. Obriga o Estado a estabelecer política demográfica.

1.4.7. Princípio do desenvolvimento sustentável

Desenvolvimento econômico compatível com as condições ambientais.

1.5. Estado como Responsável pelo Dano Ambiental

O Estado pode atuar de duas formas:

- pode ser autor da atividade danosa, p. ex., empresa estatal que polui um rio;
- pode agir por omissão, não exercendo seu poder de polícia.

P: A responsabilidade do Estado é a mesma?

R: O entendimento predominante é que não. Os graus de responsabilidade são diferenciados:

- *Se o Estado for autor direto do dano*: responsabilidade objetiva.
- *Se o Estado agir por omissão*: responsabilidade subjetiva, ou seja, dependente de culpa.

A forma de o Estado atuar de maneira omissiva pode ser, por exemplo, autorizando o funcionamento de uma empresa sem a devida regulamentação da atividade.

Se o dano foi causado diretamente pela autorização – era inerente da atividade causar dano ambiental –, trata-se de responsabilidade objetiva, porque o dano foi causado de forma direta pelo Estado.

Se o Estado regulamentar as atividades, e o particular causar dano ambiental, voluntariamente, o Estado só será responsável se houver omissão por parte dos agentes que deveriam impedir o dano. A responsabilidade é subjetiva, dependendo da demonstração de culpa no caso concreto. Deve-se comprovar a omissão do agente estatal.

A responsabilidade do Estado por fato da natureza possui uma regra básica de que o Estado não responde pelos acontecimentos da natureza. Há hipóteses, porém, em que se dá a concorrência de fatores; por exemplo, uma inundaçãodecorrente de a Prefeitura não limpar os bueiros. É possível responsabilizar o Estado, de forma subjetiva, desde que o fato da natureza seja previsível.

1.6.Questões Processuais – Direito Processual Ambiental

1.6.1. Intervenção de terceiro

P: A responsabilidade ambiental, sendo objetiva, é compatível com intervenção de terceiros?

R: A responsabilidade objetiva é incompatível com intervenção de terceiros, porque essa admite apenas a discussão sobre a exclusão ou não da responsabilidade. Não admite a discussão sobre responsabilidade parcial, sobre quem é responsável. O dano deve ser indenizado para depois se discutir a responsabilidade.

1.6.2.Competência

Para ação civil pública, é aquela onde ocorreu ou deveria ocorrer o dano. É competência funcional absoluta. Se o dano ambiental atingiu mais de uma Comarca, resolve-se pelo critério da prevenção. Se o dano atingir mais de um Estado, a competência é deslocada para área federal.

1.6.3. Litispendência

É possível o trâmite conjunto entre a ação para defesa do meio ambiente e ações com efeitos análogos. Não se reconhece, todavia, litispendência:

- entre ação coletiva e individual (entre ação civil pública e individual);
- entre ação civil pública para tutela de direitos difusos e ação civil pública para tutelar direitos coletivos;
- ação coletiva para defender direitos homogêneos e ação individual para proteger o mesmo interesse;
- ação civil pública para defender interesses difusos e ação civil pública para defender interesse individuais homogêneos.

P: Qual a hipótese em que é reconhecida litispendência?

R: Ação popular e ação civil pública com finalidade de defesa do meio ambiente, pois, em ambos os casos, o titular do interesse é a coletividade.

TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

Improbidade Administrativa – Lei n. 8.429/92

1. NOÇÕES GERAIS

A LIA (Lei de Improbidade Administrativa) veio aperfeiçoar o controle administrativo, na medida em que possibilita ao Ministério Público e à pessoa jurídica lesada a impetração de ação civil referente à improbidade administrativa e à defesa do Patrimônio Público. Também permite o aperfeiçoamento do controle interno, na medida em que possibilita a qualquer cidadão o requerimento para instauração de procedimento administrativo que apure improbidade (art. 14). Permite também que o Ministério Público requisite à autoridade administrativa a instauração do procedimento administrativo.

O art. 37, § 4.º, da Constituição Federal estabelece que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao Erário, na forma e gradação previstas na lei.

A LIA regulamenta o art. 37, § 4.°, da Constituição Federal.

Até 1988, o objeto tutelado era tão só o enriquecimento ilícito do agente público (as constituições de 1946 e 1967 só se preocupavam em reprimir o enriquecimento ilícito do agente público). Depois de 1988, passou a ser a probidade administrativa.

O ato de improbidade quase sempre decorre de ato discricionário que pode ser analisado pelo Poder Judiciário (art. 5.º, inc. XXXV, da CF).

1.1. Controle Administrativo (Tutela ou Autotutela)

É a possibilidade de invalidez, pela própria Administração, dos atos administrativos. Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal: "A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial". Anula-se o ato por ilegalidade. Revoga-se por conveniência e oportunidade.

É o superior hierárquico quem revê o ato praticado pelo subordinado.

2. SUJEITO PASSIVO

Pode ser sujeito passivo qualquer pessoa jurídica da Administração Pública direta ou indireta, ou aquela de direito privado de que participe o Poder Público em seu patrimônio ou receita anual.

Assim dispõe o art. 1.º da LIA – pessoas jurídicas que podem ser lesadas:

- órgãos da Administração direta;
- órgãos da Administração indireta ou fundacional;

- empresa incorporada ao Patrimônio Público;
- empresa ou entidade para cuja criação ou custeio o Estado concorreu, ou concorra, com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual;
- empresa ou entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício de órgão público;
- empresa ou entidade para cuja criação ou custeio o Erário concorreu, ou concorra, com menos de 50%. (O limite de indenização, nesse caso, é o montante com que concorre o Erário Público).

3. ATOS DE IMPROBIDADE

3.1. Enriquecimento Ilícito – Art. 9.º

Arrola doze hipóteses exemplificativas de ato de improbidade, sete das quais importam o enriquecimento ilícito.

Enriquecimento ilícito é a percepção de vantagem indireta para si ou para outrem, em razão de cargo, emprego ou função pública.

As hipóteses de improbidade por enriquecimento ilícito consumam-se independentemente de dano material, independem de prejuízo para a Administração Pública.

Em síntese, tem-se a improbidade por enriquecimento ilícito em razão da obtenção de vantagem patrimonial e desde que essa vantagem resulte de causa

ilícita – não autorizada em lei – e promova um aumento ou acréscimo patrimonial para o agente público ou para terceiros.

A jurisprudência já tem entendimento pacífico de que, se o agente recebe presentes de valor insignificante, não caracteriza o enriquecimento ilícito – princípio da razoabilidade (princípio do Direito Administrativo que vem sendo aplicado na improbidade).

Os núcleos verbais do art. 9.°, inc. I, são:

I - receber

II- perceber

III- aceitar

IV- utilizar

V- usar

VI- adquirir

VII- incorporar

Alguns são bilaterais e outros não.

Todas as hipóteses também ensejam ação penal, ou seja, dão ensejo ao ilícito penal (concussão, corrupção passiva, peculato e crime de responsabilidade fiscal, às vezes).

Hipóteses que causam enriquecimento ilícito:

- Receber comissão, gratificação ou presente de quem tenha interesse direto ou indireto, possa ser atingido ou amparado por ação ou

omissão decorrente das atribuições do agente público. Basta a existência do interesse, prescinde do atendimento do interesse.

- Perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel ou a contratação de serviços por preços superiores ao valor de mercado. Nessa hipótese há enriquecimento ilícito do particular, necessariamente, e dano ao Erário.
- Perceber vantagem econômica para facilitar a alienação por preço inferior ao valor de mercado.
- Utilizar bem da Administração ou trabalho de servidor público para fins pessoais.
- Adquirir bem de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou da renda do agente.

Existem duas correntes a respeito:

- 1.ª corrente: depende da possibilidade do ajuizamento da ação com a inversão do ônus da prova, bastando que o Ministério Público ou a pessoa jurídica lesada demonstrem a incompatibilidade da receita com os bens adquiridos. (Defendido por um grande número de promotores: Antonio Augusto de Melo Camargo, Wallace Martins, Fernando Capez);
- 2.ª corrente: defende a inexistência da inversão do ônus da prova, devendo o Ministério Público ou a pessoa jurídica demonstrar a existência de nexo entre o aumento indireto do patrimônio e o exercício de cargo, emprego ou função.

O Ministério Público entende que não há inversão do ônus da prova devido ao *caput* dispor “em razão do exercício do cargo, emprego ou função”.

3.2. Lesão ao Erário – Art. 10

A lei se refere ao Erário e não ao Patrimônio Público. Erário – tem aspecto econômico, está relacionado ao Tesouro, ao Fisco, Cofres Públicos. Patrimônio Público – corresponde ao conjunto de bens de valor econômico, artístico, turístico, estético e histórico de qualquer das entidades que compõem a Administração Pública.

A lei se refere ao Erário quando deveria tratar do Patrimônio Público.

Chega-se ao conceito de Patrimônio Público pela junção do art. 1.º, § 1.º, da Lei n. 4.717/65 (Lei de Ação Popular) e ainda, art. 1.º, par. ún., da Lei n. 8.429/92.

A lesão ao Erário, por si só, já é ato de improbidade. Não precisa, necessariamente, que o agente obtenha vantagem (enriquecimento ilícito). Logo, pode haver lesão ao Erário sem enriquecimento ilícito.

Atos de improbidade que importam dano: decorrem de condutas ilegais do agente público, dolosas ou culposas, que tenham repercussão lesiva ao Erário ou ao Patrimônio Público; decorrem sempre de condutas ilegais sob o aspecto administrativo, que podem não ensejar o cometimento do crime.

Na lesão culposa, temos que aplicar o princípio da razoabilidade. Exemplo: motorista bate carro oficial. Há lesão ao Erário, mas não há ato de improbidade.

Os incisos do art. 10 são exemplificativos:

I – facilitar, concorrer para que um particular se aproprie do que é bem público;

II – permitir que um particular use bem público;

III – doação de bens públicos em desacordo com as formalidades legais (a doação é possível, porém, deve atender às formalidades legais);

IV – subfaturamento;

V – superfaturamento;

VI – realizar operação financeira em desacordo com as normas legais e regulamentares, ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VIII – frustrar a licitude do procedimento licitatório ou dispensá-lo indevidamente. Respondem, nesse caso, o agente público (comissão de licitação) e o particular contratado com a dispensa indevida.

Para a Administração Pública, direta ou indireta, há o chamado dever de licitar. A Lei n. 8.666/93 estabelece as normas gerais de licitude aos contratos da Administração, aplicáveis aos Estados e Municípios. O art. 24 traz as hipóteses de dispensa, que quase sempre decorrem de situação de fato (pequeno valor, situação emergencial). As hipóteses de inexigibilidade (art. 25) decorrem quase sempre de situação jurídica (inviabilidade de licitação). As hipóteses de dispensa estão taxativamente previstas na lei. As hipóteses de inexigibilidade estão exemplificativamente dispostas na lei.

Obs.: A lei municipal ou a estadual podem suprimir as hipóteses de dispensa, o que não podem é ampliar o rol.

3.3. Atos Contrários aos Princípios – Art. 11

São os atos que contrariam os princípios da Administração Pública.

A violação dos deveres e dos princípios da Administração Pública leva à caracterização da improbidade administrativa (dispositivo da reserva).

O art. 4.º da LIA estabelece a obrigatoriedade de observância, por qualquer agente público, dos princípios da Administração Pública.

Os incisos do art. 11 são exemplificativos:

I – Praticar ato visando fim proibido em lei (desvio de finalidade). O ato em si não é ilegal, a finalidade é. O princípio da razoabilidade deve ser sempre observado;

II – Retardar, ou deixar de praticar, indevidamente ato de ofício (prevaricação);

III – Quebra de sigilo profissional. Revelar fato ou circunstância que deva manter em segredo. A pessoa deve ter sabido do fato em razão da função. A regra é a publicidade, os atos são públicos. O sigilo é possível, mas é exceção. *Obs.:* A Promotoria é obrigada a fornecer certidões, quando não forem sigilosas;

IV – Negar publicidade aos atos oficiais;

V – Frustrar licitude de concurso público. Ocorre quando há contratação – sem concurso – para o exercício de cargo, emprego ou função, com desobediência da norma expressa no art. 37, inc. II, da Constituição Federal. Ocorre também quando há fraude em concurso, seja pela publicação de editais que estabeleça favoritismo, pela violação do princípio da impessoalidade ou, ainda, pela revelação do conteúdo do exame;

VII – Revelar medidas de política econômica capaz de alterar preços de produtos e serviços antes de divulgação oficial (informação privilegiada).

4. PERSECUÇÃO JUDICIAL E SANÇÕES

O art. 37, § 4.º, da Constituição Federal trata das sanções aplicáveis aos agentes por ato de improbidade:

- suspensão dos direitos políticos (natureza política);
- perda da função pública (natureza administrativa ou política);
- indisponibilidade dos bens (natureza civil);
- ressarcimento ao Erário (natureza civil).

O art. 12 estabelece sanções aplicáveis de acordo com o ato praticado:

- perda dos bens;
- multa civil;
- proibição de contratar (interdição de direitos).

Qualquer ato enseja a suspensão dos direitos políticos, a perda da função, a multa civil ou a proibição de contratar e receber benefícios.

A sanção de ressarcimento é aplicável nas hipóteses do art. 10, e a perda de bens nas hipóteses do art. 9.º, ambos da LIA. A suspensão dos direitos públicos e o valor da multa variam de acordo com a gravidade do ato.

As sanções da LIA têm a natureza civil e decorrem de ação civil (não penal), mas sem prejuízo da sanção penal cabível.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que as sanções têm natureza penal (posição minoritária), mas há várias decisões do STJ em sentido contrário.

Todos os agentes públicos e particulares que concorram para a prática do ato estão sujeitos a essas sanções.

O Presidente da República, os senadores e os seputados têm um regime especial. O Presidente da República não pode ser punido com suspensão dos direitos políticos e perda da função pública (a cassação está prevista na Constituição Federal, arts. 85 e 86, e pode decorrer de crime de responsabilidade, mas não da prática de ato de improbidade). Senadores e deputados não estão sujeitos à perda da função pública. A perda do mandato está regulada no art. 55 da Constituição Federal e pode ser determinada por força do art. 15, inc. V, da Constituição Federal.

P.: As sanções são cumulativas ou alternativas?

R.: São alternativas (posição majoritária) e não cumulativas. O juiz pode aplicar uma em detrimento da outra. Na fixação de pena, o juiz leva em conta a extensão do dano e o proveito material do agente.

4.1. Suspensão dos Direitos Políticos

O prazo de suspensão dos direitos políticos varia:

- art. 9.º – de 8 a 10 anos;
- art. 10 – de 5 a 8 anos;
- art. 11 – de 3 a 5 anos.

4.2. Multa

O valor da multa variará:

- art. 9.º – até três vezes o valor do acréscimo patrimonial;
- art. 10 – até duas vezes o valor do dano;
- art. 11 – até cem vezes o valor da remuneração.

4.3. Interdição de Direitos (Proibição de Contratar)

O prazo de interdição poderá ser:

- art. 9.º – de até 10 anos;
- art. 10 – de até 5 anos;
- art. 11 – de até 3 anos.

5. LEGITIMADOS

Art. 17 da LIA estabelece os legitimados para a ação:

- Ministério Público;
- pessoa jurídica lesada.

O art. 129, incs. II e III, da Constituição Federal concede ao Ministério Público a legitimidade do Inquérito Civil e da Ação Civil Pública.

O Patrimônio Público é uma espécie de interesse difuso. O Ministério Público postula em Juízo por meio de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85). A LIA tem natureza material e de direito processual.

Diz a Lei que quando o ato causar lesão, ou quando importar enriquecimento ilícito, caberá à autoridade administrativa representar ao MP para decretação da indisponibilidade dos bens (art. 7.º).

A indisponibilidade tem caráter de sanção, mas não é definitiva. A procedência da ACP leva à incorporação em favor dos fundos do lesado (art. 13 da Lei n. 7.437/85).

O requerimento de indisponibilidade de bens é possível quando:

- ato que importar enriquecimento;
- ato que importar lesão.

O Ministério Público ou a pessoa jurídica lesada têm legitimidade para requerer seqüestro dos bens do agente ou, ainda, o bloqueio e exame de contas.

O Ministério Público, ao tomar conhecimento do ato de improbidade, pode:

- instaurar o Inquérito Civil ou o procedimento preparatório do IC;
- requisitar a instauração de Inquérito Policial, quando a hipótese ensejar crime;
- instaurar processo administrativo.

6. OBSERVAÇÕES

- A prescrição do ato de improbidade se opera em 5 anos – contados do término do mandato – ou no prazo da prescrição da infração disciplinar, se ela for punida com a demissão do servidor público.
- A obrigação de reparar o dano é imprescritível.
- Competência: local do dano, ou seja, a sede da pessoa jurídica.
- Nas Ações Civis Públicas e no Inquérito Civil não se admite a transação.
- A apresentação periódica da declaração de bens e rendimentos do servidor é condição para a investidura e para o exercício (art. 13 da

LIA). O servidor que se recusa a apresentar a declaração,será demitido do serviço público.

- Em matéria de recursos, aplica-se o Código de Processo Civil e a Lei n. 7.347/85.

PORTUGUÊS

Conjugação Verbal

Subtemas: *estrutura, flexão, concordância, (ir)regularidade, defectivos, formas (ar)rizotônicas, tempos primitivos.*

1) Indique a(s) alternativa(s) que completa(m) com correção a lacuna. No caso de ausência, indique com Ø.

a) Os Estados Unidos ________________ acordo no Oriente Médio. Essa intervenção ______________ provisoriamente a situação.

( ) *media* ( ) *mediam* ( ) *medeia* ( ) *medeiam* ( ) Ø
( ) *remedia* ( ) *remedeia* ( ) Ø

b) Atualmente, muitas organizações ______________ positivamente na sociedade, fazendo com que a população se ____________.

( ) *intervém* ( ) *intervêm* ( ) *intervêem* ( ) Ø
( ) *precavenha* ( ) *precaveja* ( ) *precava* ( ) Ø

c) Não se __________todos os benefícios de imediato. Conquistarão outros poderes se o individual não se ______________ ao coletivo.

( ) *obtém* ( ) *obtêm* ( ) Ø
( ) *antepor* ( ) *antepuser* ( ) Ø

d) Eles __________________ esse direito, porém o acordo _______________até 1990. Esse limite _________________ na decisão.

( ) *pleiteiam* ( ) *pleiteam*
( ) *vigeu* ( ) *vigiu* ( ) Ø
( ) *influe* ( ) *influi*

e) Quase sempre se ______________________ às novidades econômicas, mas há muitos que não se _________________________.

( ) *adéqua* ( ) *adequa* ( ) Ø
( ) *adequam* ( ) *adéquam* ( ) Ø

f) Só haverá o pagamento se eles ____________ a retificação no prazo, pois ainda não se ____________________ todas os defeitos.

( ) *requererem* ( ) *requiserem* ( ) Ø
( ) *reteu* ( ) *reteve* ( ) *reteram* ( ) *retiveram* ( ) Ø

g) O governador não ______________ sua posição partidária. Afirmou ser preciso que o partido ___________ a confiança do eleitor.

( ) *reouve* ( ) *reaveu* ( ) *reaviu* ( ) Ø
( ) *reavenha* ( ) *reaveja* ( ) *reava* ( ) Ø

h) É importante que a prefeitura __________ suas escolas. Em um caso isolado, uma cidade não __________ por motivos políticos.

( ) *proveja* ( ) Ø
( ) *proveu* ( ) *proviu* ( ) *proveio* ( ) Ø

i) As dificuldades nem sempre _________ dos grandes centros, pois as pesquisas __________ também problemas no interior do país.

( ) *provém* ( ) *provêm* ( ) *provêem* ( ) Ø
( ) *prevém* ( ) *prevêm* ( ) *prevêem* ( ) Ø

j) O brasileiro nem sempre _______________ a atuação de seu candidato. Essa atitude pouco ______________ na hora das eleições.

( ) *computa* ( ) Ø
( ) *contribui* ( ) *contribue*

l) Ele não se ___________________ do acidente, mas seu bom senso _________________ na hora.

( ) *precaveu* ( ) *precaviu* ( ) *precaveio* ( ) Ø
( ) *interviu* ( ) *interveio* ( ) Ø

2) Julgue os períodos (certo ou errado).

a) Se você prever o resultado, avise-nos.
b) Quando o ministro intervir neste problema, a solução virá rapidamente.
c) Se você requeresse a alteração e eles não mantessem a opinião, ela talvez receberia o valor cobrado.
d) Ela creu na mesma coisa que cri.
e) Os policiais deteram os suspeitos.

f) Reavi ontem meus direitos eleitorais.

g) Aqui sempre se antevê as mudanças.

h) Se se antever a falha, ela será comunicada.

i) Hoje não interviram no mercado.

j) Prouve-me acompanhar este caso que proveio repentinamente.

k) Até ontem os bancos brasileiros ainda não se precaviram.

l) O palhaço entreteu os adultos enquanto os mágicos entreteram as crianças.

3) Questões de prova.

I) (Mag-SP) Escolha a alternativa que preenche as lacunas da frase abaixo com as formas corretas dos verbos *ter* e *vir*.

“A vida ____ percalços que _____ sem ninguém esperar; quando um deles ______, todos ______ de enfrentá-los com decisão.”

a) tem, vêm, vem, têm

b) têm, vem, vêm, tem

c) têm, vêm, vem, tem

d) tem, vem, vêm, têm

II) (Mag-SP) Assinale a alternativa correta.

a) Não adianta buscar soluções que não se adéqüem ao caso concreto, nem se embasem no ordenamento jurídico em vigor.

b) Ela intermedeia conflitos e remedeia situações problemáticas.

c) É mister que ele se precavenha contra tudo e contra todos.

d) Pleitea-se o que não se pode obter e opta-se por uma solução à margem da lei.

III) (Mag-SP) Assinale a alternativa correta.

a) Se se comporem consensualmente as partes, o processo terá um fim célebre.
b) Se reaverem seus bens antes da audiência, os autores não se oporão ao fim da demanda.
c) Porque não crêem na parte contrária, os réus mantêm uma atitude reservada.
d) O réu interviu no feito e reconviu no prazo legalmente previsto.

IV) (MP- RS) Indique a alternativa correta.

“Sugiro-lhe que só ___________ quando __________ a ela ou quando você __________ motivos suficientes.”

a) interviesse, conviesse, visse.
b) intervisse, convisse, vir.
c) intervenha, convenha, ver.
d) intervenha, convinha, ver.
e) intervenha, convier, vir.

V) Indique a alternativa que completa corretamente as lacunas.

“Os Ministros da Justiça e dos Transportes________ lei sobre novos impostos. Ontem, _________contribuintes _______seus direitos referentes a antigas contribuições fiscais.”

a) revem - bastante - reaveram
b) revêm - bastante - reaviram
c) revêem - bastantes - reouveram
d) revem - bastante - reaveram
e) revêem - bastantes - reaveram

***Capítulo**: Conjugação Verbal*

***Subtemas**: estrutura, flexão, concordância, (ir)regularidade, defectivos, formas (ar)rizotônicas, tempos primitivos*

GABARITO

1) Indique a(s) alternativa(s) que completa(m) com correção a lacuna. No caso de ausência, indique com Ø.

a) Os Estados Unidos **MEDEIAM** acordo no Oriente Médio. Essa intervenção **REMEDEIA** provisoriamente a situação.

( ) *media* ( ) *mediam* ( ) *medeia* (x) *medeiam* ( ) Ø
( ) *remedia* (x) *remedeia* ( ) Ø

b) Atualmente, muitas organizações **INTERVÊM** positivamente na sociedade, fazendo com que a população se __**Ø**__.

( ) *intervém* (x) *intervêm* ( ) *intervêem* ( ) Ø
( ) *precavenha* ( ) *precaveja* ( ) *precava* (x) Ø

c) Não se **OBTÊM** todos os benefícios de imediato. Conquistarão outros poderes se o individual não se **ANTEPUSER** ao coletivo.

( ) *obtém* (x) *obtêm* ( ) Ø
( ) *antepor* (x) *antepuser* ( ) Ø

d) Eles **PLEITEIAM** esse direito, porém o acordo **VIGEU** até 1990. Esse limite **INFLUI** na decisão.

(x) *pleiteiam* ( ) *pleiteam*
(x) *vigeu* ( ) *vigiu* ( ) Ø
( ) *influe* (x) *influi*

e) Quase sempre se __Ø__ às novidades econômicas, mas há muitos que não se __Ø__.

( ) *adéqua* ( ) *adequa* (x) Ø
( ) *adequam* ( ) *adéquam* (x) Ø

f) Só haverá o pagamento se eles **REQUEREREM** a retificação no prazo, pois ainda não se **RETIVERAM** todas os defeitos.

(x) *requererem* ( ) *requiserem* ( ) Ø
( ) *reteu* ( ) *reteve* ( ) *reteram* (x) *retiveram* ( ) Ø

g) O governador não **REOUVE** sua posição partidária. Afirmou ser preciso que o partido __Ø__ a confiança do eleitor.

(x) *reouve* ( ) *reaveu* ( ) *reaviu* ( ) Ø
( ) *reavenha* ( ) *reaveja* ( ) *reava* (x) Ø

h) É importante que a prefeitura **PROVEJA** suas escolas. Em um caso isolado, uma cidade não **PROVEU** por motivos políticos.

(x) *proveja* ( ) Ø
(x) *proveu* ( ) *proviu* ( ) *proveio* ( ) Ø

i) As dificuldades nem sempre **PROVÊM** dos grandes centros, pois as pesquisas **PREVÊEM** também problemas no interior do país.

( ) *provém* (x) *provêm* ( ) *provêem* ( ) Ø
( ) *prevém* ( ) *prevêm* (x) *prevêem* ( ) Ø

j) O brasileiro nem sempre **COMPUTA** a atuação de seu candidato. Essa atitude pouco **CONTRIBUI** na hora das eleições.

(x) *computa* ( ) Ø
(x) *contribui* ( ) *contribue*

l) Ele não se **PRECAVEU** do acidente, mas seu bom senso **INTERVEIO** na hora.

(x) *precaveu* ( ) *precaviu* ( ) *precaveio* ( ) Ø
( ) *interviu* (x) *interveio* ( ) Ø

2) Julgue os períodos (certo ou errado).

a) Se você **PREVIR** o resultado, avise-nos.
b) Quando o ministro **INTERVIER** neste problema, a solução virá rapidamente.

c) Se você requeresse a alteração e eles não **MANTIVESSEM** a opinião, ela talvez receberia o valor cobrado.

d) Ela creu na mesma coisa **EM QUE** cri.

e) Os policiais **DETIVERAM** os suspeitos.

f) Eu **REOUVE** ontem meus direitos eleitorais.

g) Aqui sempre se **ANTEVÊEM** as mudanças.

h) Se se **ANTEVIR** a falha, ela será comunicada.

i) Hoje não **INTERVIERAM** no mercado.

j) Prouve-me acompanhar este caso que proveio repentinamente. **(CERTO)**

k) Até ontem os bancos brasileiros ainda não se **PRECAVERAM**.

l) O palhaço **ENTRETEVE** os adultos enquanto os mágicos **ENTRETIVERAM** as crianças.

3) Questões de prova.

I) (Mag-SP) Escolha a alternativa que preenche as lacunas da frase abaixo com as formas corretas dos verbos *ter* e *vir*.

“A vida ____ percalços que _____ sem ninguém esperar; quando um deles ______, todos ______ de enfrentá-los com decisão.”

a) <u>tem, vêm, vem, têm</u> b) têm, vem, vêm, tem

c) têm, vêm, vem, tem d) tem, vem, vêm, têm

II) (Mag-SP) Assinale a alternativa correta.

a) Não adianta buscar soluções que não se adéqüem ao caso concreto, nem se embasem no ordenamento jurídico em vigor.

b) <u>Ela intermedeia conflitos e remedeia situações problemáticas.</u>

c) É mister que ele se precavenha contra tudo e contra todos.

d) Pleitea-se o que não se pode obter e opta-se por uma solução à margem da lei.

III) (Mag-SP) Assinale a alternativa correta.

a) Se se comporem consensualmente as partes, o processo terá um fim célebre.
b) Se reaverem seus bens antes da audiência, os autores não se oporão ao fim da demanda.
c) Porque não crêem na parte contrária, os réus mantêm uma atitude reservada.
d) O réu interviu no feito e reconviu no prazo legalmente previsto.

IV) (MP- RS) Indique a alternativa correta.

"Sugiro-lhe que só ___________ quando __________ a ela ou quando você __________ motivos suficientes."

a) interviesse, conviesse, visse b) intervisse, convisse, vir
c) intervenha, convenha, ver d) intervenha, convinha, ver
e) intervenha, convier, vir

V) Indique a alternativa que completa corretamente as lacunas.

"Os Ministros da Justiça e dos Transportes________ lei sobre novos impostos. Ontem, _________contribuintes _______seus direitos referentes a antigas contribuições fiscais."

a) revem - bastante - reaveram
b) revêm - bastante - reaviram
c) revêem - bastantes - reouveram

d) revem - bastante - reaveram
e) revêem - bastantes - reaveram

***Capítulo**: Pronomes Demonstrativos*

Os *pronomes demonstrativos* sempre fazem referência ao espaço lingüístico (e não ao espaço físico), particularizando e localizando os seres e as coisas do discurso. Atuam na regressão, na projeção ou na identificação. Usamos a partir de três possibilidades: *espaço, tempo, contexto*.

ESPAÇO

O objeto está próximo da:

1ª pessoa	**2ª pessoa**	**distante**
(emissor)	*(receptor)*	*(de ambos)*
este	esse	aquele
esta	essa	aquela
isto	isso	aquilo

Exemplo: **Essa** sua camisa é diferente d**esta** camisa que visto, mas **aquela** na vitrine merece elogios.

Também pode haver correlação entre esses pronomes e os advérbios de lugar:

Pegue *este* livro *aqui/cá*.

Pegue *esse* livro *aí*.

Pegue *aquele* livro *ali*. Não ali, *lá* Não lá, *acolá*.

Há palavras que são um misto de pronome indefinido e advérbio, que também trazem noções espaciais: *algures* (em algum lugar), *alhures* (em outro lugar) e *nenhures* (em nenhum lugar). São classificadas como advérbios de lugar.

TEMPO

Passado		**Presente**	**Futuro**	
(mais distante)	(mais próximo)		(mais distante)	(mais próximo)
aquele	esse	este	esse	aquele
aquela	essa	esta	essa	aquela
aquilo	isso	isto	isso	aquilo

Exemplo: Recebeu a notícia por esses dias. O recado chegou agora, neste minuto. O salário virá por esses dias.

CONTEXTO - REGRESSÃO

Regressão Geral

1.º caso *– regressão geral e sem concorrência referencial: esse(s), essa(s), isso*

<u>A inscrição</u> para o concurso termina amanhã. <u>Essa inscrição</u> exige vários documentos.

Regressão Específica

2.º caso *- há dois elementos (portanto há concorrência referencial): este(a) e aquele(a)*

A	*B*	*Este(s)*	*Aquele(s)*
		Esta(s)	Aquela(s)
(mais distante)	(mais próximo)	Isto	Aquilo

Exemplo: O Brasil e o Chile fizeram novo acordo. Este aceitou a proposta, aquele a fez.

Regressão Específica

3.º caso *- há vários elementos, porém só se quer citar o último (portanto há concorrência referencial):este, esta, isto*

A	B	C	D	E	F	Este(s)
						Esta(s)
						Isto

Exemplo: Foram visitados vários países: o Chile, a Espanha, a Argentina e *o Brasil*. Só neste país, ocorreu a divulgação do acordo.

Observação: Os pronomes *este, esta* e *isto* só regridem (retomam algo já citado) para determinar com exatidão, evitando ambigüidades. Não havendo a necessidade de exatidão, são usados sempre corretamente os pronomes *esse, essa, isso* para retomar o que já foi citado.

CONTEXTO - PROJEÇÃO

Citar algo (projeção): este(s), esta(s), isto

O total da dívida era este: R$ 10,00.
Estes são os artigos definidos: o, a, os, as.

QUESTÕES DE PROVA

I) (MP-SC) Marque a opção com falha.

a) Estas são algumas características do Romantismo: subjetivismo, apego à natureza, nacionalismo.
b) Que as reformas sejam efetuadas rapidamente: é isso o que mais desejo.
c) Pense bem no teu futuro, filho meu, és moço e podes ainda luta; estas palavras de admoestação e carinho eram diárias.
d) Ramaiana e Os Lusíadas são dois poemas épicos: aquele pertencente à literatura hindu; este é de Camões e constitui uma verdadeira enciclopédia dos conhecimentos humanos.
e) Foi vista, então, ali uma boa oportunidade. Essa aparece raro.

II) (MP-RS) Marque a opção com falha.

a) Vivi toda a minha vida nesta casa.
b) Acho que seria bom verificar esses documentos que tenho em mãos.
c) Traga-me essas flores que estão em seu jardim.
d) Certamente já vistes aquele homem que está sentado na sala.
e) Que férias boas essas que vocês já passaram na Europa no mês passado.

Conectivos

***Subtemas**: coesão e coerência, formação das orações, pontuação*

conectivos (palavras e expressões que ligam as orações)
coordenativos – conjunções coordenativas (introduzem oração coordenada)
subordinativos – conjunções subordinativas e pronomes relativos (introduzem oração subordinada)

Conjunções Coordenativas

. *aditiva*: e, nem (= e não)
. *alternativa*: ou, ora...ora, quer...quer, seja...seja, já...já, nem...nem, etc.
. *adversativa*: mas, porém, contudo, todavia, entretanto, no entanto
. *explicativa*: pois, que, porque, porquanto, etc.
. *conclusiva*: logo, pois (deslocada), portanto, por conseguinte, etc.

Conectivos Subordinativos

Conjunções Subordinativas

integrante (inicia as orações substantivas): *que* e *se*

adverbiais (iniciam as orações adverbiais):

- *causal* – porque, porquanto, como (= porque), por isso que, já que, uma vez que, visto que, que, etc.
- *comparativa* – que e do que (antecedidos por *mais, menos, maior, menor, pior*), qual (depois de *tal*), como, assim como
- *concessiva* – embora, conquanto, posto que, ainda que, apesar de que, nem que, se bem que, etc.
- *condicional* – se, caso, contanto que, a não ser que, a menos que, desde que, etc.
- *conformativa* – conforme, como (= conforme), segundo, consoante, etc.
- *consecutiva* – que (antecedido por *tal, tanto, tão, tamanho*)

- *final* – a fim de que, para que, porque (= para que), etc.
- *proporcional* – à medida que, à proporção que, ao passo que, quanto mais...(tanto mais), tanto...(quanto), etc.
- *temporal* – logo que, assim que, antes que, depois que, quando, enquanto, mal, todas as vezes que, etc.

Pronomes Relativos - introduzem as orações adjetivas: que, o qual, quem, cujo

Observações Gerais

a) A expressão "(*de) vez que*" é condenada pelos gramáticos. Evite-a, substituindo por outra expressão que traga a idéia de causa (*uma vez que, porque, já que, visto que, porquanto*).

b) Na introdução de causas, a expressão "*eis que*" não é abonada pelos gramáticos. A expressão "*eis que*" é válida para indicar algo que ocorre subitamente, de forma imprevista, de surpresa: *Eis que eles entraram a correr. Eis que apareceu a solução.*

c) A expressão "*posto que*" é outra locução conjuntiva que é usada indevidamente como causal ou explicativa. O uso adequado de "*posto que*" está relacionado à idéia de concessão e se equivale a "*embora, ainda que, se bem que, conquanto*" (A prova, posto que fosse difícil, foi feita por todos.). Para introduzir uma causa ou explicação, mantenha o uso das conjunções e expressões que não geram protestos: *uma vez que, porque, já que, visto que, porquanto*, etc.

d) No uso de "*e nem*" há redundância, pois estão sendo usadas duas conjunções, o que é desnecessário; há duas opções: <u>e não</u> / <u>nem</u>.

e) Não se deve usar "*enquanto que*". A conjunção temporal, que indica simultaneidade, é simplesmente *enquanto*.

f) Não existe a forma *no entretanto*. Temos duas opções: **no entanto** ou **entretanto**. Misturá-las é o que gera o erro. Também não se devem usar na mesma oração duas conjunções adversativas, em frases como: "Saíram, *mas* voltarão, *no entanto*, em breve". Ou use usa uma ("Saíram, *mas* voltarão em breve") ou a outra ("Saíram, voltarão , *no entanto*, em breve").

g) Em frases como "*Se caso* ele viesse", houve aí acúmulo de conjunções condicionais. Basta uma delas. Dessa forma, "se caso" introduzindo a mesma oração é redundância, é excesso. Use uma ("*Se* ele viesse") ou a outra ("*Caso* ele viesse")

h) Não se deve usar a locução "*por causa que*". O que se usa corretamente é "*por causa de*".

i) na medida em que ver outros conectivos com problemas

EXERCÍCIOS

1) A alternativa que substitui, correta e respectivamente, as conjunções ou locuções grifadas nos períodos abaixo é:

I. <u>Visto que</u> pretende deixar-nos, preparamos uma festa de despedida.

II. Terá sucesso, <u>contanto que</u> tenha amigos influentes.

III. Casaram-se e viveram felizes, tudo <u>como</u> estava escrito nas estrelas.

IV. Foi transferido, portanto não nos veremos com muita freqüência.

a) porque	mesmo que	segundo	ainda que
b) como	desde que	conforme	logo
c) quando	caso	segundo	tão logo
d) salvo se	a menos que	conforme	pois
e) pois	mesmo que	segundo	entretanto

2) Identifique a conjunção na oração abaixo e assinale a alternativa que possui sua classificação.

Chove há três dias. Haverá, pois, enchentes novamente.

a) explicativa
b) conclusiva
c) concessiva
d) adversativa
e) conformativa

Nas duas questões seguintes (3 e 4), indique a alternativa em que a substituição não mantém o mesmo valor semântico.

3) Mandou que saíssem; exigiu, **portanto,** o seu isolamento.

a) por conseguinte
b) então
c) porquanto

d) assim
e) pois

4) **<u>Ainda que</u>** eu merecesse, não me maltratou.

a) embora
b) se bem que
c) apesar de que
d) conquanto
e) já que

GABARITO

1) B
2) B
3) C
4) E

PORTUGUÊS

Pronomes Demonstrativos

1. REFERÊNCIA A ALGO DO PRÓPRIO TEXTO

Na produção textual, muitas vezes se quer fazer referência a elementos já mencionados ou a ser introduzidos ainda. Para tal tarefa de referência dentro do próprio texto, usa-se o pronome demonstrativo, criando movimentos de regressão e progressão. As possibilidades são as seguintes:

a) Projeção

Para citar algo: este(s), esta(s), isto.

Exemplos:

- O total era *este*: *R$ 10,00*. *Estes* são os artigos definidos: *o, a, os, as*.
- *Esta* é a solução para muitos problemas brasileiros: *educação*.
- *Estes* são dois problemas graves: *desemprego e violência*.

b) Regressão geral (sem termos concorrentes)

Para resgatar algo citado: esse(s), essa(s), isso.

Exemplos:

- *Os documentos* foram enviados ontem. *Esses documentos* não lhes pertenciam.
- *O desemprego e a violência* aumentaram. *Esses problemas* caminham juntos.
- O pronome *tal/tais* também funciona nesse resgate.
- *A inscrição* para o concurso termina hoje. *Tal inscrição* exige documentos.

c) Regressão específica (com termos concorrentes)

Para dar exatidão: este(s), esta(s), isto (para o termo mais próximo) e aquele (s), aquela (s) e aquilo (para o termo mais distante).

Exemplos:

- *O Brasil* e o *Chile* fizeram novo acordo. *Este* aceitou a proposta, *aquele* a fez.
- *Maria* saiu, mas sua *irmã* ficou. *Esta* faria o trabalho enquanto *aquela* passearia.

d) Regressão específica (com termos concorrentes)

Para dar exatidão: este(s), esta(s), isto (há vários elementos, porém só se quer citar o último).

Exemplos:

- Foram visitados vários países: o Chile, a Espanha, a Argentina e *o Brasil*. *Neste* país, ocorreu a divulgação.
- Havia verduras, carnes, peixes e frutas. *Estas* foram as mais apreciadas pelos turistas.

Observação — Deve-se observar que os pronomes *este, esta* e *isto* só regridem (retomam algo já citado no texto) para determinar com extrema exatidão, evitando ambigüidades. Não havendo a necessidade de exatidão, usa-se sempre corretamente o pronome *esse* (essa, isso) para retomar os elementos já citados.

2. REFERÊNCIA A ALGO EXTERNO AO TEXTO

Também se usa o pronome demonstrativo para indicar o lugar no espaço em que um ser ou um objeto está. As hipóteses de construção têm como base as pessoas do discurso:

Perto da 1ª pessoa *(falante/escritor)*	**Perto da 2ª pessoa** *(ouvinte/leitor)*	**Distante** *(de ambos)*
este	esse	aquele
esta	essa	aquela
isto	isso	aquilo

Exemplo: *Essa* sua camisa é diferente *desta* camisa que visto, mas *aquela* na vitrine merece elogios.

Também pode haver correlação entre esses pronomes e os advérbios de lugar:

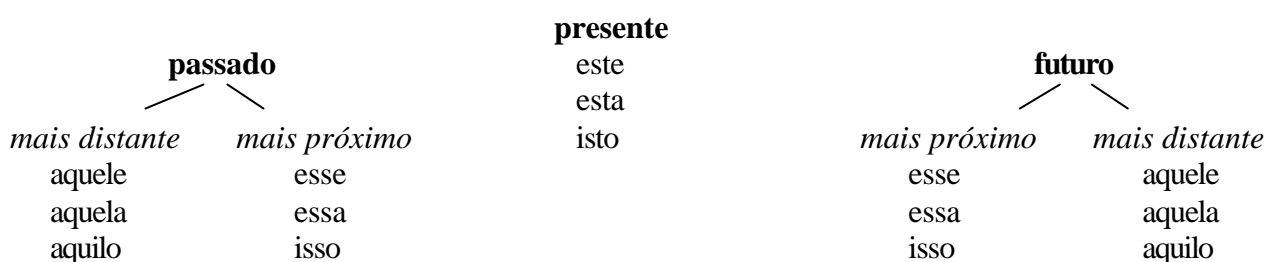
Exemplos:

- Pegue *este* livro *aqui/cá*. Pegue *esse* livro *aí*. Pegue *aquele* livro *ali*.
- Não ali, *lá*. Não lá, *acolá*.

Há palavras que são um misto de pronome indefinido e advérbio, que também trazem noções espaciais: *algures* (em algum lugar), *alhures* (em outro lugar) e *nenhures* (em nenhum lugar). São classificadas como advérbios de lugar.

3. REFERÊNCIA AO TEMPO

O pronome demonstrativo pode fazer referência ao tempo vivido e a viver. Ao presente sempre indica com muita exatidão, porém o passado e o futuro trarão noções imprecisas:

passado		**presente**	**futuro**	
mais distante	*mais próximo*		*mais próximo*	*mais distante*
aquele	esse	este	esse	aquele
aquela	essa	esta	essa	aquela
aquilo	isso	isto	isso	aquilo

Exemplos:

- *Naquele* tempo, Adão vivia no Éden (passado distante). Recebeu a notícia por *esses* dias (passado próximo).
- O recado chegou agora, *neste* minuto (presente). *Neste* século, o homem terá muitas preocupações energéticas (presente).
- O salário virá por esses dias (futuro próximo). Ele estava escrevendo uma ficção científica e naquele tempo o homem estava em extinção (futuro distante).

EXERCÍCIO

1) (MP-SC) Assinale a alternativa que contenha erro no emprego do demonstrativo:

a) Estas são algumas das características do Romantismo: subjetivismo, apego à natureza, nacionalismo.

b) Que as reformas sejam efetuadas rapidamente: é isso o que mais desejo.

c) Pense bem no teu futuro, filho meu, és moço e podes ainda lutar; estas palavras de admoestação e carinho eram diárias.

d) Ramaiana e Os Lusíadas são dois poemas épicos: aquele pertencente à literatura hindu; este é de Camões e constitui uma verdadeira enciclopédia dos conhecimentos humanos.

e) Foi vista, então, ali uma boa oportunidade. Essa aparece raro.

Gabarito: c.

PORTUGUÊS

Crase

1. CRASE

A crase é a junção de A+A.

- Preposição *a* mais artigo definido feminino *a*, *as*.

  Exemplo: Fez referência *à* tese de Darwin.

- Preposição a mais pronome demonstrativo aquele(s), aquela(s), aquilo.

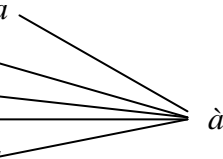
  Exemplo: Fez referência *à*quela tese de Darwin.

- Preposição a mais pronome demonstrativo a, as.

  Exemplo: Quanto às teses, fez referência *à* de Darwin.

Alguns artifícios facilitam a visualização:

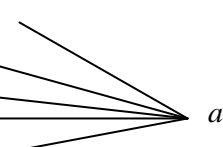
a) trocar por *para a, na, da, na, com a, pela = à;*

b) trocar por sinônimo masculino: *ao = à.*

Exemplos: Voltei à sala (para a sala / na sala / voltei ao salão).

- Ele sempre foi fiel à norma da empresa (Ele sempre foi fiel ao regulamento).
- O pedido só não foi enviado a uma mulher (enviado a um homem).
- Falei a ela que viesse (Falei para ela, falei com ela, a ele).

Disso se cria a seguinte analogia:

TROCA 1

para a
na
da
pela → *à*
com a

O envio dos documentos ***à*** *Senhora Maria já foi feito porque:* ***para a***

Ele nunca tinha falado ***à*** *mulher. porque:* ***com a***

para
em
de
por → *a*
com a

O envio dos documentos ***a*** *Vossa excelência já foi feito porque:* ***para***

Ele nunca tinha falado ***a*** *cada uma das mulheres. porque:* ***com***

TROCA 2

masculino — *feminino*
ao — *à*

Poucos fizeram alusão ***à*** *idéia econômica. porque:* ***ao*** *pensamento econômico*

masculino — *feminino*
a — *a*

Poucos fizeram alusão ***a*** *essa idéia econômica. porque:* ***a*** *esse pensamento econômico*

1.2. Acento proibido

Não se usa o acento antes de:

- palavra masculina: a bordo, a cargo de, a olho nu
- verbo: a partir de, a contar de, elas começaram a discutir
- palavras repetidas: face a face, cara a cara
- pronome pessoal: falei a ela, disse a ela
- demonstrativos esta(s) e essa(s): falei a essa/esta mulher
- pronomes de tratamento (*Vossa* ou *Sua*): falei a V. Ex[a].
- "a" no singular + palavra no plural: a folhas, refiro-me a leis antigas
- a maioria dos pronomes indefinidos: enviei a cada pessoa, a qualquer pessoa, a alguém
- do artigo indefinido *uma*: referi-me a uma idéia antiga

2.2. Acento facultativo

Existe acento facultativo? Não, o que existe é *preposição* ou *artigo facultativo*. Acompanhe as possibilidades:

- quanto aos pronomes possessivos, pode-se usar ou não o artigo: referi-me à/a sua idéia, referi-me a/às suas idéias;
- em relação à palavra *até* (indicando direção), o uso da preposição A é facultativa: fomos até a/à praia, chegou até as/às praias;

- quanto aos nomes de pessoas, há algo referente ao grau de intimidade. Assim, havendo formalidade, distância, falta de intimidade, não se usa artigo: falei a Maria, escrevi a Maria. Caso haja uma relação mais próxima, informalidade, usa-se o artigo: falei à Maria, escrevi à Maria.
- nas expressões adverbiais de instrumento, geralmente só se usa a preposição. Apesar de não ocorrer crase, ou seja, a junção de dois As, o acento é por tradição usado, havendo, porém, muitos autores que coerentemente o dispensam. Conclui-se ser facultativo o acento neste caso: escrever a/à máquina, carro a/à gasolina, fechou a porta a/à chave. Deve-se usar principalmente nos casos de ambigüidade: matar à fome, cheirar à gasolina.

2.3. Construções que geram dúvidas

a) nomes de lugar

Fui à França, mas não a Paris

(porque: Fui para a França, mas não para Paris).

b) em expressões como "igual a, idêntica a, semelhante a, superior a, inferior a"

Comprei uma caneta igual à que você viu

(Comprei um lápis igual ao que...).

c) horário;

Nas locuções adverbiais de tempo (que indicam o horário), ocorre crase:

1h = à uma hora, 2h = às duas horas, 12h = às doze horas; 24h = à meia-noite, 0h = à zero hora, etc.

2.4. Principais falhas de crase

a) Eles não foram à São Paulo..

O correto é "*Eles não foram a São Paulo*", porque São Paulo não aceita artigo (Viemos **de** São Paulo). Só quando estiver com alguma especificação passa a aceitar (Eles não foram à São Paulo da garoa. Vieram **da** São Paulo da garoa).

b) Fizeram referência à essa dívida.

O correto é "*Fizeram referência a essa dívida*", porque antes dos pronomes demonstrativos *esta/essa* não se usa artigo feminino, portanto nunca ocorre crase.

c) Não houve alusão à uma saída equilibrada.

O correto é "*Não houve alusão a uma saída equilibrada*", porque já se usou o artigo indefinido (uma), portanto não se usará o definido e, por conseqüência, não ocorrerá crase.

d) Preços à combinar.

O correto é "*Preços a combinar*", pois antes de verbo não vem artigo feminino, portanto nunca ocorre crase.

e) Enfim ficaram cara à cara, frente à frente.

O correto é "*Enfim ficaram cara a cara, frente a frente*", porque entre palavras repetidas não se usa o artigo.

f) Falaram à pessoas de várias idades.

O correto é "*Falaram a pessoas de várias idades*", porque se tem A (no singular) + palavra no plural, portanto não se usou o artigo na construção. É o caso da expressão jurídica *a folhas*.

g) Foi uma operação à laser.

O correto é "*Foi uma operação a laser*", porque antes de palavra masculina não se usa artigo feminino.

h) Não enviaram o pagamento à ela.

O correto é "*Não enviaram o pagamento a ela*", porque os pronomes pessoais nunca vêm precedidos de artigo feminino.

i) A prova foi solicitada à Vossa Senhoria.

O correto é "*A prova foi solicitada* a *Vossa Senhoria*", porque os pronomes de tratamento (iniciados por *Vossa* ou *Sua*) nunca vêm antecedidos de artigo feminino. Já os pronomes de tratamento *Senhora* e *Senhorita* aceitam o artigo e podem, de acordo com o contexto, vir com crase.

j) As cartas foram enviadas à cada pessoa do curso.

O correto é "As cartas foram enviadas a cada pessoa do curso", porque o pronome indefinido cada nunca vem precedido de artigo feminino (bem como a maioria dos pronomes indefinidos).

l) Permaneceremos abertos de 2.ª à 6.ª

O correto é "Permaneceremos abertos de 2.ª a 6.ª", porque nessa correlação não se usou artigo no primeiro (**de** 2.ª), por extensão não se usa artigo também no segundo (a 6.ª). Nessas expressões que trazem correlação, apesar de não ser uma regra, pode-se ter uma previsão ao observar o primeiro elemento. Para tornar a análise ainda mais simples, observe como a primeira parte da expressão já traz uma pista importante:

- de segunda (sem artigo) a sexta (sem artigo também)
- d**a** segunda (com artigo) à sexta (com artigo também)

Na dúvida, procure sempre trocar por um sinônimo masculino e manter esta correspondência: AO = À.

- de segunda a sexta (**a** sábado)
- d**a** segunda à sexta (**ao** sábado)

m) Aquele ato foi contra à vida de todos.

O correto é "*Aquele ato foi contra a vida de todos*", porque *contra* não vem acompanhado de preposição "*a*". Na frase só há um artigo feminino, e não crase. No masculino teríamos "*Aquele ato foi contra o bem de todos*".

EXERCÍCIOS I

1) A cada item, apenas dois "a" devem receber o acento. Destaque-os.

a) **A**quela estranha senhora andava **as** cegas **a** percorrer **as** ruas. Estava sempre **a** espera de alguém igual **a** ela.

b) **A**quela hora, **a** sociedade estaria disposta **a** fazer algo, pois **a** essa crise e **a** violência deveriam dar um basta.

c) **A** nossa contribuição **a** democracia brasileira deve obedecer **a** idéias amplas, direcionar-se **a**queles princípios que resgatem o valor da vida, **a** fim de motivar **a** longo prazo o caminho inverso ao da violência. Estar face **a** face com o problema e resolvê-lo.

d) Em resposta **a** seu pedido, agiremos **a** critério de suas ordens. Não estaremos indiferentes **a**quilo que já foi combinado, mas **a** quantia destinada **a** Senhora Antônia Pereira será o equivalente **a** essa quantia que sua empresa receberá.

e) Elas fizeram uma viagem igual **a** de vocês. Foram **a** Brasília e **a** Vitória, mas não chegaram **a** ir **a** maravilhosa Guarapari.

2) Escolha a alternativa que completa com correção.

a) Garantimos __________ consumidora que compete ___________ empresa providenciar _______ devolução.

I) à, à, à II) à, a, à III) a, à, à IV) à, à, a V) à, a, a

b) A moça me disse ontem que ____ lua estava linda. ____ noite me telefonou e me animou ____ chegar ____ janela. (O. L. R.)

I) a, a, a, à II) a, à, a, a III) a, a, à, à IV) à, à, a, à V) a, à, a, à

c) Trouxe ______ mensagem ______ Vossa Senhoria e aguardo ____ resposta, fim de levar _____ pessoa que me enviou.

I) a, à, à, à, a II) à, à, a, a, à III) a, a, a, a, a IV) a, a, a, a, à V) a, à, a, a, à

d) A sensibilidade _____ pó torna-se um dos principais motivos da alergia. O tratamento _____ doenças alérgicas já possui avanços.

I) à, às II) à, à III) a, as IV) a, às

e) Não dava muita atenção _____ fofocas, por isso doou a coleção algumas crianças do bairro, pois não tinha nada ______ temer.

I) à, a, a II) à, à, a III) a, a, à IV) à, à, à V) a, a, a

f) Ele foi ____ Budapeste ___ pedido da empresa. Sua chegada ___ cidade foi concomitante ______ nova proposta enviada.

I) a, a, à, à   II) a, a, à, a   III) a, à, à, à   IV) à, a, à, à   V) à, à, à, à

g) Esta loja funciona de segunda _________ sexta, das 9h ________ 18h. Sua encomenda virá _____ zero hora de hoje.

I) à, as, a   II) a, às, a   III) à, às, à   IV) a, às, à

h) Só _______ uma hora que a polícia _______ muito custo conseguiu manter multidão _____ distância de cinco metros.

I) a, a, à, à   II) à, a, a, à   III) à, à, à, à   IV) à, à, a, à   V) à, a, à, à

3) Complete os espaços usando *a*, *as*, *à*, *às*, *há*.

a) Por não ter ido __quele lugar, ficou ___ remoer seu passado. b) Dar atenção novidades é indispensável _____ toda pessoa.

b) Não fizeram observações somente _____crianças, mas também_____pessoas adultas, pois as dúvidas poderiam atingir ____ambas.

c) Graças ______ atitude de seu amigo, ______exemplo de casos já ocorridos, chegou _____ conclusão de que deveria ficar em silêncio.

d) Isso só será reposto ______ prateleiras daqui ______ uma semana, época em que _____ mais pessoas _____ favor dessas atividades.

e) Não disse o segredo ________ ela, já que não me exporia _______ situação tão delicada e seria pouco fiel _______ nossa amizade.

f) O trabalho ficou _____ cargo dela, mas,___ uma hora exatamente, enviamos algumas recomendações ___ duas pessoas conhecidas.

g) Contra ____ possibilidade de remeter a cobrança ____ Senhora Maria Pereira por carta, havia a hipótese de não chegar ___ tempo.

4) Quanto à crase, julgue as construções (certo ou errado).

a) A condenação anterior **a** pena de multa não impede **a** concessão do benefício. (Art. 77, § 1º, CP)

b) De quinta-feira **a** sábado, o atendimento **às** pessoas com o pagamento em dia poderá ser realizado **a** critério do consumidor.

c) Toda a verba será destinada **a** construção das casas populares. Esse era o primeiro ataque **à** falta de moradia naquela região.

d) Ele foi **a** porta da casa e tentou arrombá-la. Visava **à** recuperação do bem emprestado, mas não devolvido **à** data combinada.

e) Em honra **as** nossas distintas visitas, antes de chegar **a**quele momento tão esperado, primeiro assistiram **as** festas do Nordeste.

f) poeta nunca deixou de fazer referência **a** Portugal de Camões, mas sempre se esqueceu de aludir **a** França e **a** Espanha.

g) A lei **a** que ontem fizemos referência é igual **a** que foi questionada na última reunião. **A** uma conclusão unívoca todos aspiram.

h) Ela estava **a** poucos quilômetros da cidade **à** qual os turistas tinham chegado ontem. Enfim, pagaria **a** dívida.

i) Desobedeceu **as** ordens dos superiores. Não mais ficaria a **à** mercê deles. Agora só devia obediência a **a** sua vontade.

j) As pessoas chegaram **a** margem direita do rio e, logo **a** frente, ficava a estação **à** qual todo se dirigiram.

GABARITO

1) A cada item, apenas dois "a" devem receber o acento. Destaque-os.

a) Aquela estranha senhora andava **às** cegas a percorrer as ruas. Estava sempre **à** espera de alguém igual a ela.

b) **À**quela hora, a sociedade estaria disposta a fazer algo, pois a essa crise e **à** violência deveriam dar um basta.

c) A nossa contribuição **à** democracia brasileira deve obedecer a idéias amplas, direcionar-se e **à**queles princípios que resgatem o valor da vida, a fim de motivar a longo prazo o caminho inverso ao da violência. Estar face a face com o problema e resolvê-lo.

a) d) Em resposta a seu pedido, agiremos a critério de suas ordens. Não estaremos indiferentes **à**quilo que já foi combinado, mas a quantia destinada **à** Senhora Antônia Pereira será o equivalente a essa quantia que sua empresa receberá.

d) Elas fizeram uma viagem igual **à** de vocês. Foram a Brasília e a Vitória, mas não chegaram a ir **à** maravilhosa Guarapari.

2) Escolha a alternativa que completa com correção.

a) Garantimos ____ **à** ____ consumidora que compete ____ **à** ____ empresa providenciar ____ **a** ____ devolução.

b) A moça me disse ontem que ____ **a** ____ lua estava linda. ____ **À** ____ noite me telefonou e me animou ____ **a** ____ chegar ____ **à** ____ janela. (O. L. R.)

c) Trouxe ____ **a** ____ mensagem ____ **a** ____ Vossa Senhoria e aguardo ____ **a** ____ resposta, **a** ____ fim de levar ____ **à** ____ pessoa que me enviou.

d) A sensibilidade __**a**__ pó torna-se um dos principais motivos da alergia. O tratamento__**às**__ doenças alérgicas já possui avanços.

e) Não dava muita atenção __**a**__ fofocas, por isso doou a coleção __**a**__algumas crianças do bairro, pois não tinha nada__**a**__temer.

f) Ele foi __**a**__ Budapeste __**a**__ pedido da empresa. Sua chegada __**à**__ cidade foi concomitante __**à**__ nova proposta enviada.

g) Esta loja funciona de segunda ____**a**____ sexta, das 9h ___**às**___ 18h. Sua encomenda virá __**à**__ zero hora de hoje.

h) Só__**à**__uma hora que a polícia___**a**___muito custo conseguiu manter___**a** multidão_**à**_distância de cinco metros.

3) Complete os espaços usando *a*, *as*, *à*, *às*, *há*.

a) Por não ter ido __**à**quele lugar, ficou __**a**__ remoer seu passado. b) Dar atenção __**a/às**_novidades é indispensável_**a**_toda pessoa.

b) Não fizeram observações somente_**a/às**_crianças, mas também_**a/às**_pessoas adultas, pois as dúvidas poderiam atingir_**a**_ambas.

c) Graças __**à**__ atitude de seu amigo, __**a**__exemplo de casos já ocorridos, chegou __**à**__ conclusão de que deveria ficar em silêncio.

d) Isso só será reposto __**às**__ prateleiras daqui __**a**__ uma semana, época em que __**há**__ mais pessoas __**a**__ favor dessas atividades.

e) Não disse o segredo ___**a**___ ela, já que não me exporia ___**a**___ situação tão delicada e seria pouco fiel __**à/a**__nossa amizade.

f) O trabalho ficou_**a**__cargo dela, mas,_**à**__uma hora exatamente, enviamos algumas recomendações_**a/às**__duas pessoas conhecidas.

g) Contra __**a**__ possibilidade de remeter a cobrança_**à**_Senhora Maria Pereira por carta, havia a hipótese de não chegar_**a**__ tempo.

4) Quanto à crase, julgue as construções (certo ou errado).

a) A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. (Art. 77, § 1º, CP) **(certo)**

b) De quinta-feira a sábado, o atendimento as pessoas com o pagamento em dia poderá ser realizado a critério do consumidor.**(certo)**

c) Toda a verba será destinada **à** construção das casas populares. Esse era o primeiro ataque à falta de moradia naquela região.

d) Ele foi **à** porta da casa e tentou arrombá-la. Visava à recuperação do bem emprestado, mas não devolvido à data combinada.

e) Em honra **às** nossas distintas visitas, antes de chegar **à**quele momento tão esperado, primeiro assistiram **às** festas do Nordeste.

f) O poeta nunca deixou de fazer referência **à** Portugal de Camões, mas sempre se esqueceu de aludir **à** França e **à** Espanha.

g) A lei a que ontem fizemos referência é igual **à** que foi questionada na última reunião. A uma conclusão unívoca todos aspiram.

h) Ela estava a poucos quilômetros da cidade à qual os turistas tinham chegado ontem. Enfim, pagaria a dívida. **(certo)**

i) Desobedeceu **às** ordens dos superiores. Não mais ficaria a à mercê deles. Agora só devia obediência a **à/a** sua vontade.

j) As pessoas chegaram **à** margem direita do rio e, logo **à** frente, ficava a estação à qual todo se dirigiram.

EXERCÍCIOS II

1) (MP/RS) arque a opção em que há erro.

a) Não me refiro à moça da direita, mas à da esquerda.

b) É esta a conclusão à que acabamos de chegar.

c) Fez referência a pessoas estranhas que a visitaram ontem.

d) Referiram-se a pessoas iguais a você.

e) Apegava-se à irmã como a uma tábua de salvação.

2) (MP/SC) Assinale a alternativa que completa a frase:

"Descendo ______ terra ______ noite, o marinheiro viu um homem que vinha _______ pé."

a) à-à-à b) a-à-a c) a-à-à d) à-a-a e) a-a-a

3) (Mag/SP)Assinale a alternativa em que deve haver crase em apenas uma das lacunas.

a) Indago ____ Vossa Excelência ____ qual das partes incumbe adiantar despesas deste feito.

b) O magistrado sentou-se ____ mesa e pôs-se ____ ler, uma ____ uma, ____ laudas dos volumosos autos.

c) Andando ____ pé, em companhia da esposa, o réu dirigia-se ____ ela como ____ alguma pessoa estranha.

d) ____ uma hora morta como aquela, ele dedicava-se ____ preocupações várias, ____ seu modo.

4) (MP/SC) Assinale a seqüência que preenche corretamente.

“_______ dias não se consegue chegar _______ nenhuma das localidades_________ que os socorros se destinam.”

a) Há-à-à b) A-há-a c) À-a-à d) Há-a-a e) À-à-a

5) (Mag/SP) Identifique a alternativa correta.

a) O juiz deverá chegar amanhã cedo à Brasília.

b) Fez à pé todo o caminho de São Tiago.

c) As inscrições estarão abertas à partir do dia 16.

d) É uma paisagem semelhante à da sua terra.

6) (MP/RS)Marque a opção em que há erro.

a) Irei amanhã a Porto Alegre.

b) Chego, sem demora, a Manaus.

c) O Dr. Carneiro, saudoso, enviou cartas as suas primas.

d) Falavam a pessoas como eu.

e) Apegava-se à sobrinha como último recurso.

7) Verifique se ocorre crase no *a* destacado.

Se o conceito de leitura geralmente está restrito a decifração da escrita, sua aprendizagem, no entanto, quase sempre se refere a uma formação global do indivíduo. Já entre gregos e romanos, ler e escrever significava estar ligado a essa ampliação cultural e social, ou seja, era uma educação voltada a ascensão intelectual, espiritual e física, possibilitando a alguma pessoa

desfavorecida integrar-se a sociedade e, em alguns casos, integrar-se a classes superiores.

8) Julgue a frase (certa ou errada).

a) Eles foram à Curitiba e depois viajarão à França.

b) No debate, fizeram referência à essa antiga idéia.

c) Não houve alusão à uma saída equilibrada.

d) Pagamento à vista e à prazo. Preço à combinar.

e) Enfim ficaram cara à cara, frente à frente.

f) A mensagem foi enviada à pessoas de várias idades.

g) Foi uma operação à laser.

h) Ainda não enviaram o pagamento à ela.

i) A prova foi solicitada à Vossa Senhoria.

j) As cartas foram enviadas à cada pessoa do curso.

l) Aquele ato foi contra à vida de todos.

m) Só se fará a entrega do documento à mesma pessoa da foto.

n) As matrículas começam à partir de março.

o) Sacrificou o animal à punhaladas.

p) Ele chega amanhã à bela Curitiba.

q) Perante à mulher estava o réu.

r) O trem não circulará à zero hora, somente à uma hora.

s) Era uma idéia semelhante à de ontem.

GABARITO

1) (MP/RS) Marque a opção em que há erro.

a) Não me refiro à moça da direita, mas à da esquerda.

b) É esta a conclusão à que acabamos de chegar.

c) Fez referência a pessoas estranhas que a visitaram ontem.

d) Referiram-se a pessoas iguais a você.

e) Apegava-se à irmã como a uma tábua de salvação.

2) (MP/SC) Assinale a alternativa que completa a frase:

"Descendo ______ terra ______ noite, o marinheiro viu um homem que vinha _______ pé."

a) à-à-à **b) a-à-a** c) a-à-à d) à-a-a e) a-a-a

3) (Mag/SP)Assinale a alternativa em que deve haver crase em apenas uma das lacunas.

a) Indago ____ Vossa Excelência ____ qual das partes incumbe adiantar despesas deste feito.

b) O magistrado sentou-se ____ mesa e pôs-se ____ ler, uma ____ uma, ____ laudas dos volumosos autos.

c) Andando ____ pé, em companhia da esposa, o réu dirigia-se ____ ela como ____ alguma pessoa estranha.

d) ____ uma hora morta como aquela, ele dedicava-se ____ preocupações várias, ____ seu modo.

4) (MP/SC) Assinale a seqüência que preenche corretamente.

"_______ dias não se consegue chegar _______ nenhuma das localidades_________ que os socorros se destinam."

a) Há-à-à b) A-há-a c) À-a-à **d) Há-a-a** e) À-à-a

5) (Mag/SP) Identifique a alternativa correta.

a) O juiz deverá chegar amanhã cedo à Brasília.

b) Fez à pé todo o caminho de São Tiago.

c) As inscrições estarão abertas à partir do dia 16.

d) É uma paisagem semelhante à da sua terra.

6) (MP/RS)Marque a opção em que há erro.

a) Irei amanhã a Porto Alegre.

b) Chego, sem demora, a Manaus.

c) O Dr. Carneiro, saudoso, enviou cartas as suas primas.

d) Falavam a pessoas como eu.

e) Apegava-se à sobrinha como último recurso.

7) Verifique se ocorre crase no *a* destacado.

Se o conceito de leitura geralmente está restrito **À** decifração da escrita, sua aprendizagem, no entanto, quase sempre se refere a uma formação global do indivíduo. Já entre gregos e romanos, ler e escrever significava estar ligado a essa ampliação cultural e social, ou seja, era uma educação voltada **À** ascensão intelectual, espiritual e física, possibilitando a alguma pessoa

desfavorecida integrar-se **À** sociedade e, em alguns casos, integrar-se a classes superiores.

8) Julgue a frase (certa ou errada).

a) Eles foram **A** Curitiba e depois viajarão à França.

b) No debate, fizeram referência **A** essa antiga idéia.

c) Não houve alusão **A** uma saída equilibrada.

d) Pagamento à vista e **A** prazo. Preço **A** combinar.

e) Enfim ficaram cara **A** cara, frente **A** frente.

f) A mensagem foi enviada **A** pessoas de várias idades.

g) Foi uma operação **A** laser.

h) Ainda não enviaram o pagamento **A** ela.

i) A prova foi solicitada **A** Vossa Senhoria.

j) As cartas foram enviadas **A** cada pessoa do curso.

l) Aquele ato foi contra **A** vida de todos.

m) Só se fará a entrega do documento à mesma pessoa da foto.

n) As matrículas começam **A** partir de março.

o) Sacrificou o animal **A** punhaladas.

p) Ele chega amanhã à bela Curitiba.

q) Perante **A** mulher estava o réu.

r) O trem não circulará à zero hora, somente à uma hora.

s) Era uma idéia semelhante à de ontem.

PORTUGUÊS

Concordância Verbal

1. CONCORDÂNCIA VERBAL

A regra geral é *o verbo concordar em número e pessoa com o núcleo do sujeito*. Algumas falhas ocorrem porque a noção intuitiva de sujeito está restrita a duas características: *ser o agente* e *vir antes do verbo*. É por isso que todo desvio dessa estrutura (*ser agente e vir antes do verbo*) tende a dificultar ou confundir a análise. Cientes de haver uma diversidade de características e a posição nem sempre ser fixa, constata-se a necessidade de identificar outros elementos para ampliar a segurança na hora de concordar.

1.1. Principais Falhas de Concordância

As causas principais que afetam a concordância e geram as falhas são:

a) verbo distante do sujeito (distância)

A queda nas bolsas de valores brasileiras nos **mostram** o tamanho da crise.

A queda nas bolsas de valores brasileiras nos **mostra** o tamanho da crise.

b) verbo antes do sujeito (inversão)

Existe, em toda a realidade brasileira, pequenas amostras de soluções.

Existem, em toda a realidade brasileira, pequenas amostras de soluções.

c) termo entre o sujeito e o verbo, distanciando-os (termo intercalado)

A produção de alimentos, em regiões distantes, em breve **poderão** ter nova opção.

A produção de alimentos, em regiões distantes, em breve **poderá** ter nova opção.

d) contexto pluralizado, mas núcleo do sujeito no singular (contexto)

A análise dos autores dos crimes nos **revelarão** novas perspectivas para o caso.

A análise dos autores dos crimes nos **revelará** novas perspectivas para o caso.

e) contexto singularizado, mas núcleo do sujeito no plural (contexto)

Os limites da nova tendência econômica mundial **traz** uma previsão sinistra.

Os limites da nova tendência econômica mundial **trazem** uma previsão sinistra.

f) confusão entre agente e sujeito da oração

Coube ao ministro as análises exigidas anteriormente.

Couberam ao ministro as análises exigidas anteriormente.

Pelos peritos **foram feitos** anteontem o exame que prova a paternidade.

Pelos peritos **foi feito** anteontem o exame que prova a paternidade.

Faltaram aos brasileiros mais garra.

Faltou aos brasileiros mais garra.

Ao Ministério Público **é assegurado** os mesmos direitos que as partes.

Ao Ministério Público **são assegurados** os mesmos direitos que as partes.

g) verbo* haver *impessoal, formando oração sem sujeito

Deve-se formar fila caso **hajam** muitas pessoas.

Deve-se formar fila caso **haja** muitas pessoas.

Se não **houvessem** tantas dívidas, ele poderia obter outra proposta.

Se não **houvesse** tantas dívidas, ele poderia obter outra proposta.

h) verbo* fazer *impessoal, formando uma oração sem sujeito

Tudo estará pronto, pois já **fazem** trinta dias que se fez a solicitação.

Tudo estará pronto, pois já **faz** trinta dias que se fez a solicitação.

i) voz passiva sintética

Não se **confirmou ainda as datas** para a viagem.

Não se **confirmaram as datas** para a viagem. =

= **As datas não foram confirmadas** para a viagem.

Rejeitou-se os pedidos.

Rejeitaram-se os pedidos. =

= Os pedidos **foram rejeitados**.

j) sujeito indeterminado

Tal posição deverá ser revista, já que não se **tratam** de medidas a curto prazo.

Tal posição deverá ser revista, já que não se **trata** de medidas a curto prazo.

l) falsa análise do sujeito, influenciada pelo pronome relativo

Não houve alteração dos códigos aos quais se **referiam** a nota interna.

Não houve alteração dos códigos aos quais a nota interna se **referia**.

O acórdão analisou os recursos extraordinário e especial, aos quais **foram negados** seguimento.

O acórdão analisou os recursos extraordinário e especial, aos quais **foi negado** seguimento.

m) falsa análise do sujeito (forma pelo conteúdo)

Já **duram** três meses a expectativa de renovação administrativa.

A expectativa de renovação administrativa já **dura** três meses.

Pouco se comentou das movimentações financeiras nas quais **surgiram a desconfiança** de corrupção.

Pouco se comentou das movimentações financeiras nas quais **a desconfiança** de corrupção **surgiu**.

n) verbos que trazem o problema na acentuação

Essa hipótese **contêm** o apoio dos doutrinadores.

Essa hipótese **contém** o apoio dos doutrinadores.

Tais idéias não **provém** do Brasil, ma sim dos países vizinhos.

Tais idéias não **provêm** do Brasil, ma sim dos países vizinhos.

Observação – Os principais verbos são: *apaziguar*, *argüir*, *averiguar*, *ter* (e derivados), *ver* (e derivados) *e vir* (e derivados).

o) locução verbal

No decorrer desta semana, **tem-se evitado** atitudes súbitas.

Têm-se evitado atitudes súbitas no decorrer desta semana. =

= Atitudes súbitas **têm sido evitadas** no decorrer desta semana.

p) locução verbal formada com verbo impessoal

Devem haver alterações que melhorem o atendimento.

Deve haver alterações que melhorem o atendimento.

Inúmeros problemas econômicos **têm havido** no Brasil.

Inúmeros problemas econômicos **tem havido** no Brasil.

Estão fazendo três meses que ocorreu a festa.

Está fazendo três meses que ocorreu a festa.

q) locução verbal (tríplice) encabeçada por gerúndio + verbo ser

Houve opiniões diversas, podendo **serem** confrontadas em outro momento.

Houve opiniões diversas, podendo **ser** confrontadas em outro momento.

Todos alcançaram a nota exigida, devendo **serem** convocados em breve.

Todos alcançaram a nota exigida, devendo **ser** convocados em breve.

1.2. Duplas Concordâncias

Por que nascem as duplas concordâncias na língua portuguesa? Há uma concordância básica (*verbo concorda com o núcleo do sujeito*) que ocorre em todos os casos. Paralela a essa concordância, existe outra. Por um efeito psicológico, nosso raciocínio despreza o núcleo do sujeito e passa a dar valor a outro elemento externo ao núcleo do sujeito. Essa possibilidade, porém, não é aberta, não permite uma liberdade plena, ou seja, não fica a critério do usuário estabelecer. Para organizarmos tais possibilidades, dá-se a seguinte separação:

- *concordância lógica:* verbo concorda, em número e pessoa, com o núcleo do sujeito;
- *concordância psicológica:* um elemento externo ao núcleo do sujeito passa a influenciá-lo. Nesse caso, passam a conviver duas concordâncias.

Os principais casos são estes (observar as especificidades de cada caso):

- *sujeito posterior ao verbo*: Na reunião, **vieram / veio** o presidente e seus assessores.
- *partitivo + adjunto adnominal:* A maioria dos espectadores **participou / participaram** do evento.
- *porcentagem + adjunto adnominal*: Trinta por cento da população **foram atingidos / foi atingida** pela enchente.
- expressões como *poucos de nós, quais de nós*: Poucos de nós **fizeram / fizemos** o trabalho por completo.
- *sujeito + advérbio de companhia*: O presidente com seu assessor **esteve / estiveram** no local do acidente.
- pronome indefinido *quem:* Foram os turistas quem **observou / observaram** a falha.
- a expressão *um dos que*: O ex-presidente foi um dos que **passou / passaram** a viver no estrangeiro.
- a expressão *um e outro*: Um e outro transeunte **notaram / notou** a demolição da casa.
- a expressão *nem um nem outro*: Nem um nem outro **contribuíram / contribuiu** com a solução do caso.
- a expressão *nem...nem:* Nem o Brasil nem a Argentina **receberão / receberá** carne da Inglaterra.
- *nome de obras:* “Os Miseráveis” **se eternizaram / se eternizou** na literatura universal.
- conjunção *ou* (alternância): O vinho francês ou o português já **alcançaram / alcançou** fama mundial.
- verbo *ser* (ligando coisas): A vida **são/ é** lutas.
- verbo *ser* (indicando *dia*): **São / É** dezessete de janeiro.

1.3. Falhas Extraídas de Simulados

a) O núcleo do sujeito está no singular:

ERRADO: "...o **objetivo** de ambos **são** diversos"

CERTO: "...o **objetivo** de ambos **é** diverso"

ERRADO: "a **ausência** do dolo ou da culpa **excluem** a tipicidade do fato"

CERTO: "a **ausência** do dolo ou da culpa **exclui** a tipicidade do fato"

b) O núcleo do sujeito está no plural:

ERRADO: "...**pode existir interesses** de incapazes envolvidos"

CERTO: "...**podem existir interesses** de incapazes envolvidos"

c) Pronome relativo, substituindo palavra no plural, na função de sujeito:

ERRADO: "Assim, as **cláusulas que estabelece** a perda total..."

CERTO: "Assim, as **cláusulas que estabelecem** a perda total..."

ERRADO: "Em se tratando de **ações que envolva** união estável..."

CERTO: "Em se tratando de **ações que envolvam** união estável..."

ERRADO: "ao contrário dos outros, **que somente encerra** uma fase ou procedimento sem encerrar o processo"

CERTO: "ao contrário dos outros, **que somente encerram** uma fase ou procedimento sem encerrar o processo"

d) Núcleo do sujeito distante do verbo + termo intercalado:

ERRADO: "Ademais, **delegados** de polícia, conforme toda a doutrina, **não exerce** a competência *ratione loci*."

CERTO: "Ademais, **delegados** de polícia, conforme toda a doutrina, **não exercem** a competência *ratione loci*."

e) O núcleo do sujeito está no singular, porém está distante e com longos termos intercalados:

ERRADO: "O **controle** concentrado acionado por meio de ação direta de inconstitucionalidade ou por meio da ação declaratória de constitucionalidade **não podem** ter como objeto leis municipais."

CERTO: "O **controle** concentrado acionado por meio de ação direta de inconstitucionalidade ou por meio da ação declaratória de constitucionalidade **não pode** ter como objeto leis municipais."

ERRADO: "A **vontade** de não prosseguir na execução e também de que o resultado não ocorra é que as **distinguem** das excludentes de antijuridicidade, culpabilidade e do perdão."

CERTO: "A **vontade** de não prosseguir na execução e também de que o resultado não ocorra é que as **distingue** das excludentes de antijuridicidade, culpabilidade e do perdão."

f) Pronome relativo como sujeito, substituindo palavra no plural, porém há contágio de palavra singular ao lado, que traz idéia de pessoa (confusão classificatória entre a pessoa, agente e sujeito da frase):

ERRADO: "Impronúncia é a decisão que Juiz profere no Tribunal do Júri em razão da inexistência de **fatos e indícios que o convença** sobre a modalidade do crime..."

CERTO: "Impronúncia é a decisão que Juiz profere no Tribunal do Júri em razão da inexistência de **fatos e indícios que o convençam** sobre a modalidade do crime..."

g) Voz passiva sintética:

ERRADO: "**Exige-se informações** ostensivas"

CERTO: "**Exigem-se informações** ostensivas"

ERRADO: "Diverge a doutrina se se **aplica** estes **preceitos**"

CERTO: "Diverge a doutrina se se **aplicam** estes **preceitos**"

h) Sujeito indeterminado:

ERRADO: "a combinação entre os artigos pode dar a impressão errônea de que se **tratam** de institutos, mas não o são"

CERTO: "a combinação entre os artigos pode dar a impressão errônea de que se **trata** de institutos, mas não o são"

ERRADO: "**Tratam-se** de um instituto de Direito Penal"

CERTO*:* "**Trata-se** de um instituto de Direito Penal"

i) Ordem inversa:

ERRADO: "Não **cabe** aqui grandes **elucubrações**"

CERTO: "Não **cabem** aqui grandes **elucubrações**"

ERRADO: "**Basta indícios** da autoria"

CERTO: "**Bastam indícios** da autoria"

ERRADO: "quando **estiver** em discussão apenas **direitos** patrimoniais"

CERTO*:* "quando **estiverem** em discussão apenas **direitos** patrimoniais"

j) A expressão* mais de um*:

ERRADO: "**foram praticadas** mais de **uma** ação"

CERTO: "**foi praticada** mais de **uma** ação"

l) Núcleo composto; correlacionado, porém não é sinônimo:

ERRADO: "o **art**. 4º. e o seu **parágrafo** único do Código de Processo Penal **estabelece** que..."

CERTO: "o **art**. 4º. e o seu **parágrafo** único do Código de Processo Penal **estabelecem** que..."

EXERCÍCIOS

1) Escolha uma das opções.

a) Não mais se _________________ *(exigiu / exigiram)*, a partir daquela data, os fiadores.

b) Na reunião não se _________________ *(pôs / puseram)* idéias de épocas diferentes.

c) Ainda hoje se _________________ *(alimenta / alimentam)*, por motivos políticos, os preconceitos coloniais.

d) Uma sociedade reorganiza constantemente suas normas, nas quais se _________________ *(identifica / identificam)* evoluções, mas, nem sempre, _________________-se *(pode / podem)* visar a melhorias nas relações.

e) Todos chegaram à idéia de que não se _________________ *(tratava / tratavam)* de problemas econômicos, pois _________________ *(houve / houveram)* muitas generalizações.

f) _________________-se *(Tem / Têm)* notado em nossa sociedade fatores importantes na formação da cidadania, porém poucos avanços _________________ *(tem / têm)* havido na área da educação.

g) _________________ *(Deve / Devem)* haver outras formas de resolver esse problema, mas não se _________________ *(deve / devem)* aspirar somente aos aspectos positivos.

h) _________________ *(Há / Hão)* de nascer, quanto à resolução, expectativas, mas nem sempre _________________ *(há / hão)* de haver novidades.

2) Julgue os períodos quanto à concordância verbal (certo ou errado).

a) No Brasil, confiam-se muito pouco nos políticos.

b) A hipótese não é descartada, mas em vários países se tem acreditado em discos voadores.

c) Em época anterior, tratava-se dessas hipóteses com os mesmos métodos.

d) O prédio continha aspecto comercial. Lá se costurava, por preços módicos, roupas, dava-se aulas particulares, lavava-se roupas.

e) Por ser domingo, haviam muitos torcedores no estádio.

f) Apesar de ser segunda-feira, haviam comparecido muitos torcedores.

g) Foi-se, por analogia, verificando as convenções comuns aos dois países.

h) Vai fazer dois meses que não houve mudanças, mas deve fazer cinco anos que o projeto já se encontra finalizado.

i) Segundo o ministro, há de haver em breve sensíveis alterações no sistema bancário.

j) Inúmeros casos têm havido em que se tem resolvido os problemas entre os próprios envolvidos.

3) Passe o termo sublinhado para o plural e analise se haverá conseqüências em outros elementos da construção.

MODELO: **Falta** para o início das avaliações **<u>um dia</u>**.

R.: **Faltam** para o início das avaliações **<u>dois dias</u>**.

a) Fez-se durante o dia alguma constatação de avanço nas questões salariais.

____

____

b) Procedeu-se naquela mesma tarde à leitura do regimento interno.

____

____

c) Não se fez a correção, e chance de revisão não haverá.

____

____

d) Naquela fase teórica, foi, por dedução, havendo nova hipótese.

____

____

e) Fará amanhã um mês que o projeto foi criado.

____

____

f) Conforme foi publicado, poderá haver profunda alteração na segurança pública.

____

____

g) Ocorreu a greve, não existiu acordo e houve desacordo entre os participantes.

____

____

GABARITO

a) Não mais se **EXIGIRAM**, a partir daquela data, os fiadores.

b) Na reunião não se **PUSERAM** idéias de épocas diferentes.

c) Ainda hoje se **ALIMENTAM**, por motivos políticos, os preconceitos coloniais.

d) Uma sociedade reorganiza constantemente suas normas, nas quais se **IDENTIFICAM** evoluções, mas, nem sempre, **PODE**-se visar a melhorias nas relações.

e) Todos chegaram à idéia de que não se **TRATAVA** de problemas econômicos, pois **HOUVE** muitas generalizações.

f) **TÊM**-se notado em nossa sociedade fatores importantes na formação da cidadania, porém poucos avanços **TEM** havido na área da educação.

g) **DEVE** haver outras formas de resolver esse problema, mas não se **DEVE** aspirar somente aos aspectos positivos.

h) **HÃO** de nascer, quanto à resolução, expectativas, mas nem sempre **HÁ** de haver novidades.

2) Julgue os períodos quanto à concordância verbal (certo ou errado).

a) No Brasil, **confiam-se** muito pouco nos políticos. **ERRADO**

*(No Brasil, **confia-se** muito pouco nos políticos.)*

b) A hipótese não é descartada, mas em vários países se tem acreditado em discos voadores. **CERTO**

c) Em época anterior, tratava-se dessas hipóteses com os mesmos métodos. **CERTO**

d) O prédio continha aspecto comercial. Lá se **costurava**, por preços módicos, roupas, **dava-se** aulas particulares, **lavava-se** roupas. **ERRADO**

*(O prédio continha aspecto comercial. Lá se **costuravam**, por preços módicos, roupas, **davam-se** aulas particulares, **lavavam-se** roupas.)*

e) Por ser domingo, **haviam** muitos torcedores no estádio. **ERRADO**

*(Por ser domingo, **havia** muitos torcedores no estádio.)*

f) Apesar de ser segunda-feira, haviam comparecido muitos torcedores. **CERTO**

g) **Foi-se**, por analogia, verificando as convenções comuns aos dois países. **ERRADO**

*(**Foram-se**, por analogia, verificando as convenções comuns aos dois países.)*

h) Vai fazer dois meses que não houve mudanças, mas deve fazer cinco anos que o projeto já se encontra finalizado. **CERTO**

i) Segundo o ministro, há de haver em breve sensíveis alterações no sistema bancário. **CERTO**

j) Inúmeros casos **têm** havido em que se **tem** resolvido os problemas entre os próprios envolvidos. **ERRADO**

*(Inúmeros casos **tem** havido em que se **têm** resolvido os problemas entre os próprios envolvidos.)*

3) Passe o termo sublinhado para o plural e analise se haverá conseqüências em outros elementos da construção.

MODELO: **Falta** para o início das avaliações **um dia**.

R.: **Faltam** para o início das avaliações **dois dias**.

a) **Fez-se** durante o dia **alguma constatação** de avanço nas questões salariais.

Fizeram-se durante o dia **algumas constatações** de avanço nas questões salariais.

b) Procedeu-se naquela mesma tarde **à leitura** do regimento interno.

Procedeu-se naquela mesma tarde **às leituras** do regimento interno.

c) Não se fez **a correção**, e **chance** de revisão não haverá.

Não se **fizeram as correções**, e **chances** de revisão não haverá.

d) Naquela fase teórica, foi, por dedução, havendo **nova hipótese**.

Naquela fase teórica, foi, por dedução, havendo **novas hipóteses**.

e) Fará amanhã **um mês** que **o projeto** foi criado.

Fará amanhã **dois meses** que **os projetos foram criados**.

f) Conforme foi publicado, poderá haver **profunda alteração** na segurança pública.

Conforme foi publicado, poderá haver **profundas alterações** na segurança pública.

g) **Ocorreu a greve**, não existiu **acordo** e houve **desacordo** entre os participantes.

Ocorreram as greves, não **existiram acordos** e houve **desacordos** entre os participantes.

EXERCÍCIOS DE PROVA

1) (MP-SC) Assinale a alternativa correta.

a) No dia 31 de dezembro fizeram trinta e oito graus de calor.

b) Devem haver sérios compromissos.

c) Necessitam-se de experiências.

d) Havia já dois anos que não a encontrava.

e) Houveram comentários e palpites.

2) (MP-RS) No testamento, ___________ ao herdeiro as propriedades que lhe ___________ por direito.

a) ficaria assegurado - coubessem

b) ficaria assegurado - coubesse

c) ficariam asseguradas - coubessem

d) ficaria assegurado - caberia

e) ficaria assegurado - caberiam

3) (MP-SC) Assinale a alternativa incorreta.

a) O resto são trastes velhos.

b) Na mocidade tudo são esperanças.

c) Eram sete de maio da era de 1439.

d) Minas Gerais possuem grandes jazidas de ferro.

e) Eram elas quem fazia a limpeza da casa.

4) (MP-RS) ______ cuidadosamente os cálculos: _______ ainda de novas verbas, pois cinqüenta mil reais _______ para obra tão complexa.

a) Fizeram-se - necessitavam-se - é pouco

b) Fez-se - necessitavam-se - são pouco

c) Fizeram-se - necessitavam-se - são pouco

d) Fez-se - necessitava-se - são pouco

e) Fizeram-se - necessitava-se - é pouco

5) (MP-SC) Assinale a frase que contém erro quanto ao emprego do verbo "fazer".

a) Faz cinco meses que retornaram.

b) Aqui faz invernos com temperaturas abaixo de zero.

c) Vão fazer dois anos que a vi pela última vez.

d) Fazem-se muitos projetos e pouco é realizado.

e) Já deve fazer três vezes que ele não passa no teste.

6) (MP-SC) Marque a alternativa que completa corretamente.

"Já _______ anos, __________ nesta praia muitos siris e peixes. Hoje, só _________ lembranças e arrependimentos."

a) fazem, haviam, existe

b) faz, havia, existem

c) faz, havia, existe

d) fazem, havia, existe

e) fazem, haviam, existem

7) (MP-SC) Marque a alternativa que completa corretamente.

"Quando _________ dez minutos para o término da reunião, _________ no painel as realizações de cada um."

a) faltar, serão mostrados

b) faltar, serão mostradas

c) faltar, será mostrado

d) faltarem, será mostrado

e) faltarem, serão mostradas

8) (MP-SC) Assinale a alternativa em que o verbo *haver* não admite plural e, por isso, está errado.

a) Os jogadores já haviam deixado o campo.

b) Será que ainda haverão vagas no estacionamento?

c) Se eles não vierem, eles se haverão comigo.

d) Os condenado houveram o perdão para seus erros.

e) Os juízes se houveram como imparciais.

9) (MP-RS) Assinale a alternativa que contém erro.

a) Mais de um Tribunal já decidiu semelhante questão.

b) Não se trata de crimes inafiançáveis.

c) As estrelas parecia sorrirem.

d) Mais de um Juiz se revezavam nas audiências.

e) Vão haver dois julgamentos na próxima semana.

10) (Mag-SP) Aponte a alternativa correta.

a) Haviam muitas pessoas na sala.

b) Fazem dez anos que não o vejo.

c) Devem haver mais processos contra o réu.

d) Existiam muitas falhas no inquérito policial.

11) (Mag-SP)Assinale a oração correta, de acordo com a norma culta da língua.

a) Na prova houve muitas falhas.

b) Na prova houveram muitas falhas.

c) Teve muitas falhas na prova.

d) Existiu muitas falhas na prova.

12) (Of. Just.-Santos) Assinale a alternativa em que a concordância está incorreta.

a) Quantos anos faz que os ecologistas se reúnem ?

b) Cinco meses vai fazer que não chove no sertão.

c) Cento e cinqüenta mil reais ainda são pouco.

d) Precisa-se de alternativas viáveis.

e) Em nossos dias necessita-se de projetos arrojados.

GABARITO

1) D
2) C
3) D
4) A
5) C
6) B
7) E
8) B
9) E
10) D
11) A
12) C

PORTUGUÊS

Concordância Nominal

1. Concordância Nominal

É a relação que se estabelece entre o substantivo e as palavras a ele vinculadas (artigo, adjetivo, numeral e pronome). Deve-se atentar a algumas palavras que possuem mais de uma classificação ou são invariáveis.

1.1. Palavras que geram dúvidas

Principais palavras que oferecem dúvidas quanto à flexão:

a) São adjetivos e concordam normalmente

- *anexo* (As notas serão enviadas anexas.)
- *apenso* (Apensas, remeteremos as exigências.)
- *incluso* (Os objetos não poderão ir inclusos.)
- *leso* (Aquilo não foi um crime de lesa-pátria, mas sim de leso-continente.)
- *quite* (Ele só estará quite conosco se efetuar o pagamento ainda hoje.)

b) Palavra com mais de uma classificação (depende de contexto)

- *bastante* (significa *muito* ou *suficiente*)

Classe Morfológica	Sinônimo	Exemplo
Adjetivo	Suficiente	Já havia pessoas bastante para testemunhar.
Pronome Indefinido	Muito	Já havia bastante pessoas.
Advérbio	Muito	Já havia pessoas bastante descontentes.
Substantivo	suficiente	Já havia o bastante.

- *meio*
  - como *numeral fracionário*
    variável: Todos os ***meios***-dias e as ***meias***-noites
  - como *advérbio de intensidade*
    invariável: ***Meio*** cansada, continuou a falar.

Observação – Como advérbio, em caso de dúvida troque por "muito"; não havendo flexão, o "meio" é invariável.

Ela ainda está __?__ ressentida. = Ela ainda está *meio* (muito) ressentida.

- *junto*
  - como *adjetivo*
    variável: Eles vieram ***juntos***
  - como *locução prepositiva*
    invariável: Eles estavam ***junto a*** nós. (junto a / de / com)

- *mesmo / próprio*
  - varia como palavra reforçativa: Ele feriu a si mesmo.

    Eles mesmos fizeram isso.
  - não varia quando significa *de fato, realmente*: Eles vieram mesmo?

- *alerta*
  - *advérbio*: Os guardas se mantiveram alerta. Todos ficaram alerta.
  - *substantivo*: Os alertas foram dados.

c) Não variam

- *exceto* (salvo, menos): Todos foram, exceto as crianças.
- *menos*: Quanto mais ele cantava menos pessoas aplaudiam.
- *pseudo:* pseudo-analistas; pseudo-homens

1.2. Principais Estruturas que Oferecem Dúvidas Quanto à Flexão

a) adjetivo composto: flexiona apenas o último elemento

base jurídic**o**-normativ**a**, festa nip**o**-brasileir**a**, reunião lus**o**-franc**o**-brasileir**a**

Exceção: surdo-mudo (surda-muda, surdas-mudas, surdos-mudos), azul-celeste e azul-marinho (invariáveis).

b) Flexão dos adjetivos que indicam cor

Verifique se há, explícita ou implicitamente, a expressão **cor+de+(substantivo)**, pois esse substantivo ficará invariável: cabelos

cor de **mel**, cortinas (cor de) **vinho**, tons **pastel**, paredes **gelo**, luvas **cinza**, capas **violeta**. O mesmo ocorre com os compostos: casas verde-**musgo**, camisas azul-**pavão**, lenços amarelo-**ouro**.

c) Concordância Especial

Há as expressões *é bom, é necessário, é preciso, é permitido, é proibido* (e semelhantes), que ficam invariáveis graças à generalização e à falta de determinação do substantivo. Se houver, porém, a determinação (geralmente o artigo ou os pronomes demonstrativos ou possessivos), ocorre a concordância normalmente.

Observe: *sem determinação*: Entrada de estranhos é **proibido**.

com determinação: A entrada de estranhos é **proibida**.

sem determinação: É necessário liberdade de expressão.

com determinação: É **necessária** a liberdade de expressão.

d) É muito comum o adjetivo ser usado no lugar do advérbio. Nesse caso, ficará invariável.

Eles falaram *alto.* Ela escreveu *rápido.*

Observação: Nessas condições o adjetivo, além de ficar invariável, recebe o nome de *adjetivo adverbializado*. Em geral são construções que podem ser também usadas com o sufixo "*-mente*" (*falou claro - falou claramente*).

e) nas formações o mais possível, o menos possível, tem-se:

- *artigo no singular*: Quero dois pães o mais claros *possível*.
- *artigo no plural*: Quero dois pães os mais claros *possíveis*.

1.3. Posição dos adjetivos

- *anteposto* - concorda com o substantivo mais próximo: *Bom* caderno e caneta. *Novo* terno e gravata. *Bonita* sala e quartos.
- *posposto* - concorda com o substantivo mais próximo (caderno e caneta *boa*) ou com todos os substantivos (caderno e caneta *bons*).

Exceção – Se houver antônimos, nomes de pessoa ou de parentesco, leva-se o adjetivo para o plural.

Ex.: Muitos são os fãs dos *maravilhosos* Machado e Eça.

O amor e o ódio *eternos* nasceram nela.

Observação – Se o adjetivo estiver anteposto e na função de predicativo, estará correta a concordância com o mais próximo (atrativa) ou com o conjunto: Foram *cansativos* a viagem e o passeio (*ou*) Foi *cansativa* a viagem e o passeio.

1.4. Principais Falhas

- Anexo, serão enviados os documentos. (correto: *Anexos*)
- Aquilo era como um crime de lesa-país. (correto: *leso-país*)
- Ele estava agora quites com os credores. (correto: *quite*)

- Foram encontradas bastante falhas ali. (correto: *bastantes*)
- Sabiam que a peça já estava meia desgastada. (correto: *meio*)
- Eles ficaram alertas. (correto: *alerta*)
- A tese de independência jurídica-financeira encontra oposição. (correto: *jurídico-financeira*)
- As paredes eram verde-claro. (correto: *verde-claras*)
- Todos vestiam camisas cinzas. (correto: *cinza*)
- É proibida entrada de animais. (correto: *proibido*)

EXERCÍCIOS

1) Indique a(s) forma(s) que completa(m) com correção a lacuna.

a) ________________ ao produto, foram enviados as notas fiscais e o pedido ________________.

( ) Anexos ( ) Anexo

( ) atualizadas ( ) atualizados ( ) atualizado

b) Isto é um crime de ________________-país.

( ) lesa ( ) leso

c) Apesar de já ser meio-dia e ________________, eles não têm ________________ provas.

( ) meia ( ) meio

( ) bastante ( ) bastantes

d) Embora eles estejam ___________________, não há suspeitas ___________________.

( )alerta ( )alertas

( )bastante ( )bastantes

e) As provas devem ser o mais convincentes ___________________.

( ) possível ( ) possíveis

f) A reclamação tem fundamento, pois só enviaram sapatos ___________________.

( ) cinza ( ) cinzas

g) Ela não se cansa de dizer "muito ___________________".

( ) obrigado ( ) obrigada

h) ____________________certidões e registros foram ___________________.

( ) As obrigatórias ( ) Os obrigatórios

( ) levados anexo ( ) levados anexos

i) É ___________________, para atualizar a dívida, a soma dos débitos de 98.

( ) necessário ( ) necessária

j) As notas serão postas ___________________ao produto.

( ) junto ( ) juntas

2) Julgue as frases (certo ou errado).

a) Um laudo de uma pseuda-perita foi identificado.

b) Enviamos-lhe anexo, conforme solicitação de Vossa Excelência, a certidão de antecedentes do réu.

c) Embora meio cansada pela longa noite de vigília, a mulher encontrava forças bastantes para conduzir o carro .

d) Enquanto seguia a audiência, permaneciam silenciosas a juíza, as partes, as testemunhas e os advogados.

e) É proibido a entrada de estranhos.

f) Eles foram levados a várias clínicas médica-cirúrgicas.

g) Elas tomaram duas meias garrafas.

h) Os jogadores estavam bastante cansados.

i) Anexo, enviamos-lhe a matéria já referida.

j) Para vencer, é necessário perseverança.

k) Entregaram, anexa à carta, os comprovantes das despesas.

l) Os responsáveis pela festa ficaram alertas, porque, no final, havia menos pessoas conhecidas.

GABARITO

1) Indique a(s) forma(s) que completa(m) com correção a lacuna.

a) *Anexos; atualizados ou atualizado;*

b) *leso-país;*

c) meio-dia e *meia*; *bastantes;*

d) *alerta*; *bastantes*;

e) *possível*;

f) cinza;

g) *obrigada*;

h) *obrigatórias*; *levados anexos*;

i) *necessária*;

j) *junto*.

2) Julgue as frases (certo ou errado).

a) pseudO-perita;
b) anexA;
c) correta;
d) silenciosA ou silenciosOS;
e) proibidA;
f) clínicas médicO-cirúrgicas;
g) correta;
h) correto;
i) AnexA;
j) correto;
l) anexOS;
m) alertA.

PORTUGUÊS

Regência Verbal

1. REGÊNCIA VERBAL

A relação entre o verbo e seu complemento em geral é simples e descomplicada, mas algumas construções merecem mais detalhes. As principais falhas e causas são:

- uso cotidiano diverso da norma;
- verbos com regência diferente;
- voz passiva;
- pronomes pessoais (o / lhe);
- pronomes relativos.

1.1. Uso Cotidiano Diverso da Norma

1º. nível

Assistir (sentido de *ver*)	VTI – a	Ele assistiu ao confronto, à briga.
Implicar (sentido de *gerar*, *acarretar*)	VTD	Isso implicará multa, implicará penalidades.
Morar*	EM	Ele morava na Rua da Glória, na Alameda Juruti, na Praça da Liberdade.
Obedecer	VTI – a	Ele obedeceu ao regulamento; obedeceu à lei.
Pagar*	VTDI – a	Ele pagou a compra ao caixa.

Perdoar*	VTDI – a	Ele perdoou a dívida ao filho.
Preferir	VTDI – a	Ele preferiu dormir a viajar naquela noite.
Proceder	VTDI – a	Procedeu-se ao exame; Ele procedeu à leitura.
Residir*	EM	Ele residia nesta rua há muito tempo; residia na Rua da Glória.
Visar (sentido de objetivar, desejar)	VTI – a	Ele visava ao cargo; visava à vaga.

*Verbos, como *morar, habitar, residir, situar-se*, exigem preposição EM: Ele morava na Rua...residia na Avenida...situava-se na Praça...Isso também vale para os derivados: residente na Avenida...sito na Praça...

*Os verbos *pagar* e *perdoar* exigem preposição A para a pessoa beneficiada ou instituição/estabelecimento que a represente (banco, padaria, supermercado, etc.): pagou ao dono da padaria, pagou ao supermercado, perdoou ao homem. Cria-se, portanto, a seguinte regência:

- *sem preposição a coisa comprada ou perdoada*: pagar o presente / perdoar a dívida
- *com preposição o ser que recebe*: pagar ao caixa / perdoar ao filho

2º. nível

Abençoar	VTD	Ele abençoou sua atitude; ele o abençoou.
Adorar	VTD	Ele adorou a visita de vocês; ele os adorou.
Chegar	– a	Chegou ao conceito adequado; chegou a São Paulo.

Ir	– a	Ele foi à rua certa, foi a São Paulo.
Namorar	VTD	Já namorava a moça.
Pisar	VTD	Ele pisou o pé dela, pisou a grama.
Simpatizar (sem pronome átono)		Ele simpatizou com a idéia.
Sobressair (sem pronome átono)		Ele sobressaiu na disputa.
Ver	VTD	Ele viu as falhas; ele as viu.

1.2. Verbos com mais de uma regência e mais de um sentido

Aspirar Aspirar	VTD (sorver) VTI – a (almejar)	Ele aspirou o perfume. Ele aspirou ao cargo.
Assistir Assistir Assistir Assistir	VTD (ajudar) VTI – a (ver) VTI – a (ter direito) VI – em (morar)	Ele assistiu o doente. Ele assistiu ao jogo. O silêncio assiste ao réu. Ele assiste em São Paulo.
Implicar Implicar Implicar	VTD (acarretar) VTI – em (envolver-se) VTI – com (aborrecer)	O fato implica duras penas. Ele se implicou em assaltos. Ele implicou com as crianças.
Visar Visar	VTD (assinar) VTI – a (almejar)	Ele visou o documento. Ele visou ao cargo.

Observação: O verbo *visar* seguido de infinitivo permite que **a preposição seja facultativa**;

Exemplo 1: *O fundo mútuo visou ajudar os mais necessitados.*

(ou) O fundo mútuo visou a ajudar os mais necessitados.

Exemplo 2: *Sempre visava fazer o bem.*

(ou) Sempre visava a fazer o bem.

1.3. Verbos com mais de uma regência com o mesmo sentido.

a) Os verbos *lembrar* e *esquecer* têm estas particularidades:

- se usados com pronome, põe-se a preposição: *Ele não **se** lembrou **da** data. Ele **se** esqueceu **do** documento. Lembrou-se da promessa.*
- se usados sem pronome, não se põe a preposição: *Ele não lembrou a data. Ele esqueceu o documento. Lembrou a promessa.*

b) Quanto aos verbos *avisar, certificar, cientificar, encarregar, impedir, incumbir, informar, notificar, proibir,* a regência, na atualidade, tende a se formar basicamente de duas formas:

- *algo a alguém*: Avisar **ao menino** **as férias**. Avisar-lhe as férias.

  (objeto indireto) (objeto direto)
- *alguém de algo*: Avisar **o menino** **das férias**. Avisá-lo das férias.

  (objeto direto) (objeto indireto)

A preocupação é não misturar as duas regências:

correto: *Já lhe avisei os perigos.*

(ou) Já o avisei dos perigos.

errado: *Já lhe avisei dos perigos.*

1.4. Limites para a voz passiva

Cria-se a voz passiva somente com transitivos diretos. Os outros tipos de verbo não a podem formar (exceção: *atender*, *obedecer, pagar, perdoar, responder*).

correto*: Todos visaram à perfeição.*

Visou-se à perfeição.

errado: *A perfeição foi visada por todos.*

correto: *Ele assistiu ao jogo.*

errado: *O jogo foi assistido por ele.*

1.5 Dupla regência

Se os verbos possuem regência distinta, não se usa um só complemento para os dois. Em frases como "Ele leu e gostou do livro" há falha, pois: ler **algo**, gostar **de algo**. O correto nesse caso é usar cada um com o seu complemento, respeitando a ordem da construção: Ele leu o livro e gostou dele. Outro exemplo:

correto: Ele resolveu vir ao Brasil e aqui ficar.

errado: Ele resolveu vir e ficar no Brasil

1.6. Uso do pronome pessoal: o / lhe

O pronome "o" funciona essencialmente como objeto direto, portanto complementando os verbos transitivos diretos. Já o pronome "lhe" contém um uso meio restrito, limitado a três hipóteses combinadas:

- é o complemento que sempre exige preposição A ou PARA (e mais raramente EM) ao ser trocado por um nome;
- em geral introduz a idéia de destinatário ou ser beneficiado;
- na troca por um nome (por exemplo, José) deve assim aparecer: **a José / para José (e mais raramente em José** (destinatário, receptor).

Eis alguns exemplos: *Nós lhe enviamos as cartas (lhe = a José).*

As crianças lhe foram obedientes (lhe = a José).

Acertaram-lhe um tiro (lhe = em José).

Na maioria das vezes também se pode fazer a substituição pelo pronome *ele*, *ela*, porém sempre preposicionado:

*Remeti-**lhes** as cartas. = Remeti as cartas **a elas**.*

*Não **lhes** foi dada nova chance. = Não foi dada nova chance **a eles**.*

*Os visitantes não **lhe** foram fiéis. = Os visitantes não foram fiéis **a eles**.*

*Roubaram-**lhe** a bolsa. = Roubaram a bolsa **dela**.*

Também há uma estrutura em que o pronome "lhe" funciona como um pronome possessivo, indicando o possuidor de algo:

Rasgaram-lhe a camisa (Rasgaram a <u>sua</u> camisa / Rasgaram a camisa dele).

Roubaram-lhe a carteira (Roubaram a sua carteira / Roubaram a carteira dele)

1.7. Pronome relativo

O pronome relativo virá acompanhado de preposição se for complemento de verbo transitivo indireto.

correto: *Houve uma opinião* **de que** *todos discordaram.*

errado: *Houve uma opinião que todos discordaram.*

correto: *"O Estado fica responsável pela reparação dos danos a que seus agentes derem causa"*

errado: *"O Estado fica responsável pela reparação dos danos que seus agentes derem causa"*

1.8. Sujeito e preposição

O núcleo do sujeito não vem casado com preposição, ou seja, apesar de estarem frente a frente, não se unem.

Observe: "Apesar **de** **o homem** **faltar** à convocação, houve..."

preposição *sujeito* *verbo*

evite: *"Apesar dessa arma ser de brinquedo..."*

use: *"Apesar de essa arma ser de brinquedo..."*

Em nossos códigos, há alguns exemplos:

(CPC) art. 881 - "...e a proibição de o réu falar nos autos...";

(CPP) art. 570 - "...desde que o interessado compareça, antes de o ato consumar-se,...".

1.9. Falhas mais comuns

Observe as falhas mais comuns e as respectivas correções:

Ele não assistiu o depoimento ontem.

correto: *Ele não assistiu* ***ao*** *depoimento ontem.*

Ele não chegou no resultado esperado.

correto: *Ele não chegou* ***ao*** *resultado esperado.*

Depois do trabalho, ele voltou no bar e lá encontrou seu rival.

correto: *Depois do trabalho, ele voltou* **ao** *bar e lá encontrou seu rival.*

Quase já não se lembrava da cidade que tinha nascido.

correto: *Quase já não se lembrava da cidade* ***em que*** *tinha nascido.*

Três são as hipóteses que há a consunção.

correto: *Três são as hipóteses* ***em que*** *há a consunção.*

Aquela idéia absurda foi discordada por todos.

correto: *Todos discordaram da idéia.* (ou) *Discordou-se da idéia.*

(A voz passiva está restrita aos verbos transitivos diretos.)

Ele não concordava nem discordava dos valores cobrados.

correto: *Ele não concordava com os valores cobrados nem discordava deles.*

Lembrou da promessa.

correto: *Lembrou-se da promessa.* (ou) *Lembrou a promessa.*

O escritório situava-se à Rua da Glória.

correto: *O escritório situava-se* ***na*** *Rua da Glória.*

A vítima é residente e domiciliada à Av. José Bonifácio.

correto: *A vítima é residente e domiciliada* ***na*** *Av. José Bonifácio.*

Ele não perdoava o filho.

correto: *Ele não perdoava* ***ao*** *filho.*

Eles não lhe viram passar.

correto: *Eles não* ***o*** *viram passar.*

Deixando a parte de executar o julgado que lhe favorece, determinou-se o arquivamento dos autos.

correto: *Deixando a parte de executar o julgado que* ***a*** *favorece, determinou-se o arquivamento dos autos.*

Ambos tinham a intenção de matá-lo, caso este não tivesse o dinheiro para pagá-los.

correto: *Ambos tinham a intenção de matá-lo, caso este não tivesse o dinheiro para pagar-****lhes****.*

Exigiu que todos deveriam obedecê-lo.

correto: *Exigiu que todos deveriam obedecer-**lhe**.*

Já lhe haviam informado do atraso.

correto: *Já lhe haviam informado o atraso.* (ou) *Já o haviam informado do atraso.*

EXERCÍCIOS

Tópicos da Regência Verbal

1. Uso Cotidiano Diverso da Norma

a) As testemunhas não assistiram ________________ confronto, pois só chegaram ________________ local depois da confusão.

( ) o ( ) ao

( ) no ( ) ao

b) Tal atitude implicará ________________ prevista em lei.

( ) em multa ( ) multa

c) Ele é residente e domiciliado ________________ Rua das Flores, 100.

( ) na ( ) à

d) Se aspiram ________________ uma vida mais tranqüila, devem dedicar-se ________________ coisas simples, obedecendo ________________ natureza.

( ) a ( ) à

( ) a ( ) à ( ) às

( ) a ( ) à

e) O indiciado pagou primeiro ________________ vizinho e em seguida ________________ supermercado.

( ) o ( ) ao

( ) o ( ) ao

f) O enfermeiro assistiu ________________ doente.

( ) o ( ) ao

g) A mulher não perdoou ________________ marido, disse que jamais ________________ perdoaria.

( ) o ( ) ao

( ) o ( ) lhe

h) ________________ entender o exercício.

( ) Custei ( ) Custou-me

i) Ele preferiu a condenação ________________ confessar os erros.

( ) do que ( ) a ( ) à

j) Com o rigor na prova, visavam ________________ uma seleção rigorosa.

( ) a ( ) à

l) Eles eram ________________.

( ) em cinco ( ) cinco.

m) Esse trabalho visa ________________ respeito à lei e ao direito.

( ) o ( ) ao

n) O embrulho foi entregue ________________ domicílio.

( ) em ( ) à ( ) a

2. Um só Complemento para Verbos de Regência Distinta

Corrija as frases.

a) Segundo a Lei, ninguém será levado e mantido na prisão sem motivos.

____

b) Ouvimos e gostamos da idéia.

____

c) Ele concordava e aceitava nossos princípios.

____

d) Ele se lembrou e pagou a dívida no mesmo dia.

____

3. Verbos com Mais de Uma Regência, mas com o Mesmo Sentido

a) Afirmou que não se lembrava _______________ da briga.
( ) o porquê ( ) do porquê

b) Quanto aos candidatos, já _______________ informaram ontem a classificação.
( ) os ( ) lhes

c) Ocorreu, paralela à festa, a explosão _______________ o avisamos.
( ) que ( ) de que

d) Avise _______________ alunos da obrigatoriedade da identificação.
( ) aos ( ) os

4. Pronomes Pessoais Átonos

a) A cultura indígena não separava homem, natureza e deuses, adorando-_______________ dentro de um mesmo valor.
( ) os ( ) lhes

b) Quanto ao credor, o réu deve _______________ dentro do prazo estipulado.
( ) pagá-lo ( ) pagar-lhe

c) A intenção era de _______________.
( ) obedecê-lo ( ) obedecer-lhe

Observação – Com os verbos *aludir, aspirar* (= *almejar*), *assistir* (= *ver*), *obedecer* (relacionado com a idéia de *coisa*), *proceder* (= *realizar*), *visar* (= *almejar*), não se usa o pronome “lhe”, mas “a ele” (e variações).
Exemplo: *Assistiram ao jogo. = Assistiram **a ele**.*
*Visaram aos cargos. = Visaram **a ele**.*

5. Pronomes Relativos

Corrija as frases.

a) As idéias que discordamos podem revelar outras verdades.

____

b) Poucas eram suas palavras que podemos acreditar.

____

c) (AFTN) Ao prestar depoimento, Carlos Fernando disse que agia com outro traficante, que a polícia prefere manter sigilo, para não prejudicar as investigações.

____

6. Verbos não Pronominais: *confraternizar*, *simpatizar* e *sobressair*

Corrija a frase.

a) Ele se sobressaiu no concurso, porém poucos se simpatizaram com suas idéias.

____

7. Limites para a Voz Passiva

Corrija as frases.

a) O cargo foi visado por muitos.

____

b) O exame foi procedido por bons peritos.

____

c) O jogo foi assistido por mil pessoas.

____

Exceção: *atender*, *obedecer*, *pagar*, *perdoar* e *responder* possuem um uso na passiva abonado por vários gramáticos.

GABARITO

1. Uso Cotidiano Diverso da Norma

a) ao / ao

b) multa

c) na

d) a / às/ à

e) ao/ ao

f) o

g) ao/ lhe

h) Custou-me

i) a

j) a

l) cinco

m) ao

n) em

2. Um só Complemento para Verbos de Regência Distinta

a) Segundo a Lei, ninguém será levado à prisão e mantido nela.

b) Ouvimos a idéia e gostamos dela.

c) Ele concordava com nossos princípios e os aceitava.

d) Ele se lembrou da dívida e a pagou.

3. Verbos com Mais de Uma Regência, mas com o Mesmo Sentido

a) do porquê

b) lhes

c) de que

d) os.

4. Pronomes Pessoais Átonos

a) os
b) pagar-lhe
c) obedecer-lhe.

5. Pronomes Relativos

a) As idéias de que discordamos podem revelar outras verdades.
b) Poucas eram suas palavras em que podemos acreditar.
c) (AFTN) Ao prestar depoimento, Carlos Fernando disse que agia com outro traficante, de que a polícia prefere manter sigilo, para não prejudicar as investigações.

6. Verbos não Pronominais: *confraternizar*, *simpatizar* e *sobressair*

a) Ele sobressaiu no concurso, porém poucos simpatizaram com suas idéias.

7. Limites para a Voz Passiva

a) Muitos visaram ao cargo.
b) Bons peritos procederam ao exame.
c) Mil pessoas assistiram ao jogo.

QUESTÕES DE PROVAS

1. (MP-RS) Esquecia-se freqüentemente _______________, mas não esquecia jamais _______________ noturnas _______________ tanto gostava.

a) dos compromissos – as diversões – de que

b) os compromissos – as diversões – que

c) dos compromissos – das diversões – de que

d) dos compromissos – as diversões – que

e) os compromissos – das diversões – de que

2. (MP-SC) Assinale a alternativa incorreta quanto à regência verbal.

a) O trabalho visa o respeito à lei e ao direito.

b) O Juiz procedeu ao sorteio dos jurados.

c) O ar que aspiramos é muito limpo.

d) A casa a que me referi é de meu amigo.

e) São dois jovens a quem queremos bem.

3. (Mag-SP) Assinale a oração correta.

a) Não me simpatizo com você.

b) Não simpatizo com ele.

c) O espetáculo foi assistido por todos nós.

d) Eu lhe considero muito.

4. (Mag-SP) Assinale a oração correta.

a) O médico assistiu o paciente.

b) O médico assistiu ao paciente.

c) Este espetáculo, já lhe assisti.

d) Esta profissão, não lhe aspiro.

5. (Mag-SP) Assinale a alternativa correta.

a) Deixando a parte de executar o julgado que lhe favorece, determino o arquivamento dos autos.

b) Quando cheguei no tribunal, custei a acreditar no volume de defeitos que há em segunda instância.

c) Li e gostei muito do último livro de processo civil daquele autor italiano.

d) A causa por que lutamos e os princípios a que aspiramos são superiores e indiscutíveis.

6. (MP-RS) A regência está correta em:

a) Prefiro a dança ao jogo.

b) Prefiro a dança mais que o jogo.

c) Prefiro mais a dança que o jogo.

d) Prefiro mais a dança do que o jogo.

e) Prefiro à dança ao jogo.

7. (MP-RS) Há erro de regência em:

a) O garoto obedeceu ao pedido do pai.

b) Todos preferem mais o certo que o errado.

c) Essas são as verdades em que acredito.

d) O atleta aspirava ao primeiro lugar.

e) Alguém deveria assistir o rapaz ferido.

8. (MP-RS) Há erro de regência em:

a) Já o avisamos do erro.

b) Você pagou ao cobrador?

c) Esse direito assiste aos professores.

d) A vitória foi visada pelo lutador.

e) Todos desobedeceram ao guarda.

9. (MP-RS) Assinale a alternativa que completa corretamente.

Lia um autor muito difícil; não ________________ entendia nem ________________ admirava. A leitura, no entanto, não ________________ aborrecia.

a) o – o – lhe

b) lhe – o – lhe

c) o – lhe – lhe

d) lhe – lhe – lhe

e) o – o – o

10. (MP-RS) Assinale a alternativa que completa corretamente.

Ao mesmo tempo que ________________ informo de sua aprovação, felicito-________________ com entusiasmo e abraço-________________ cordialmente.

a) lhe – lhe – o

b) lhe – o – o

c) o – lhe – o

d) o – o – lhe

e) o – o – o

11. (MP-RS) Assinale a alternativa que completa corretamente.

Recorreu ________________ irmã e ________________ ela se apegou como ________________ uma tábua de salvação.

a) à – à – a

b) à – a – à

c) a – a – a

d) à – a – a

e) à – à – à

12. Assinale a alternativa incorreta.

a) Não procedem as acusações que lhe fazem.

b) O secretário procedeu a leitura da ata.

c) Do latim vulgar, procede a língua portuguesa.

d) No tribunal, procedeu-se ao inventário dos objetos.

e) Nenhum argumento procedeu.

GABARITO

1. a
2. a
3. b
4. a
5. d
6. a
7. b
8. d
9. e
10. e
11. d
12. b

PORTUGUÊS

Conjugação Verbal

1. CONJUGAÇÃO VERBAL

Deve-se pensar que a conjugação só se erra por abundância de formas. Procura-se, portanto, ter consciência da padronização adequada. Por exemplo: *intervir* é "*filho*" de *vir*, logo *veio* gera *interveio*.

1.1. Pequena Teoria

A mínima teoria que não pode ser desprezada se refere a:

a) os tempos também possuem uma relação paternal, ou seja, há tempos que geram outros.

Aqui serão destacados:

Tempo Primitivo	Tempo Derivado
1. presentedo indicativo eu **caib**o	*presente do subjuntivo* (derivado) que eu **caib**a, tu **caib**as, etc.
2. pretérito perfeito do indicativo: eles **soube**ram	*pret. mais-que-perf. do indicativo:* **soube**ra, etc. *pret. imperf. do subjuntivo*: se eu **soube**sse, etc. *futuro do subjuntivo*: quando **soube**r, etc.

b) **boa parte dos verbos irregulares ou defectivos apresentará problemas nas *formas rizotônicas* (a vogal tônica está no radical).**

Isso ocorre nos seguintes tempos e pessoas:

presente do indicativo	**presente do subjuntivo**
eu, tu, ele, eles	*eu, tu, ele, eles*

1.2. Visão do conjunto

Principais verbos que apresentam problemas nos presentes do indicativo e do subjuntivo.

Subjuntivo	**Presente Indicativo**	**Presente**
Verbos terminados em *–ear*. nas f. rizotônicas, o **e** do radical transforma-se no ditongo **ei**.	pass**ei**o, pass**ei**as, pass**ei**a(m) (mas: passeamos, passeais)	pass**ei**e, pass**ei**es, pass**ei**e(m) (mas: passeemos, passeeis)
Mediar, ansiar, remediar, incendiar e *odiar*, nas f. rizotônicas, o **i** do radical passa para **ei**.	medeio, medeias, medeia(m) (mas: mediamos, mediais)	medeie, medeies, medeie(m) (mas: mediemos, medieis)
Adequar – defec.: só se conjuga nas f. arrizotônicas	, , , adequamos, adequais	não existe
Computar – defec.: não há eu, tu, ele do presente do indicativo	, , , computamos, computais, computam	não existe
Precaver – defec.: só se conjuga nas f. arrizotônicas	, , , precavemos, precaveis	não existe

Reaver – defec.: só se conjuga quando o verbo *haver* conserva a **letra v** em sua conjugação	hei, hás, há, havemos, haveis, hão , , , reavemos, reaveis	não existe
Viger – defec.: não possui o **eu** no presente do indicativo	, viges, vige, vigemos, vigeis, vigem	não existe
*Abolir – defec.: não possui o **eu** no presente do indicativo	, aboles, abole, abolimos, abolis, abolem	não existe
*Falir – defec.: só possui as f. arrizotônicas	, , , falimos, falis	não existe

* Muitos verbos seguem *abolir*, repetindo as mesmas falhas. São estes os principais: *aturdir, banir, brandir, brunir, carpir, colorir, delinqüir, delir, demolir, exaurir, explodir, extorquir, fremir, fulgir, haurir, latir, puir, ruir, retorquir, tinir, ungir.*

* Muitos verbos seguem a conjugação de falir, repetindo as mesmas lacunas. São estes os principais: *adimplir, adir, aguerrir, combalir, comedir-se, embair, empedernir, foragir-se, fornir, puir, remir, renhir, transir.*

1.3. Visão Individual

Os verbos que geralmente são usados com falha:

a) **ter** *e seus derivados*

Indicativo

Presente: *ele tem – ele contém – ele detém – ele entretém – ele retém*

eles têm – eles contêm – eles detêm – eles entretêm – eles retêm

Pret. Perf.: *tive – tiveste – tive – tivemos – tivestes – tiveram*

detive – detiveste – detive – detivemos – detivestes – detiveram

contive – contiveste – contive – contivemos – contivestes – contiveram

entretive – entretiveste – entretive – entretivemos – entretivestes – entretiveram

Pret. Imperf.: *tinha – tinhas – tinha – tínhamos – tínheis – tinham*

detinha – detinhas – detinha – detínhamos – detínheis – detinham

continha – continhas – continha – contínhamos – contínheis – continham

entretinha – entretinhas – entretinha – entretínhamos – entretínheis – entretinham

Observação: Seguem o verbo *ter*: *abster-se, ater-se, conter, deter, entreter, manter, obter, reter* e *suster*.

***b) derivados de* vir**

Indicativo

Presente: *ele vem – ele intervém – ele provém – ele sobrevém*

eles vêm – eles intervêm – eles provêm – eles sobrevêm

Pret. Perf.: vim – vieste – veio – viemos – viestes – vieram

intervim – intervieste – interveio – interviemos – interviestes – intervieram

provim – provieste – proveio – proviemos – proviestes – provieram.

Observação: Seguem o verbo *vir*: *advir, avir-se, contravir, convir, desavir-se, intervir, provir, reconvir, sobrevir.*

c) verbos terminados em* –uir, –air *e* –oer, *no* “ele” *do presente do indicativo, recebem sempre a vogal* “i”*:

Indicativo

Presente: *ele retribui*

ele constitui

ele subtrai

ele extrai

ele remói

d) remediar* e *mediar (*seguem fielmente *odiar)

Indicativo

Presente: *odeio – odeias – odeia – odiamos – odiais – odeiam*

medeio – medeias – medeia – mediamos – mediais – medeiam

e) verbos terminados em –ear (seguem* passear*)

Indicativo

Presente: *passeio – passeias – passeia – passeamos – passeais – passeiam*

pleiteio – pleiteias – pleiteia – pleiteamos – pleiteais – pleiteiam

f)* requerer *(não segue o verbo* querer*)

Indicativo

Presente: *requeiro – requeres – requer – requeremos – requereis – requerem*

Pret. Perf.: *requeri – requereste – requereu – requeremos – requerestes – requereram*

Subjuntivo

Pret. Imperf.: *requeresse – requeresses – requeresse – requerêssemos – requerêsseis – requeressem*

Futuro: *requerer – requereres – requerer – requerermos – requererdes – requererem*

g) prover *(segue "ver" só no presente do indicativo e tempos derivados; no restante segue o verbo regular)*

Indicativo

Presente: *provejo – provês – provê – provemos – provedes – provêem*

Pret. perf.: *provi – proveste – proveu – provemos – provestes – proveram*

Subjuntivo

Presente: *proveja – provejas – proveja – provejamos – provejais – provejam*

Pret. imperf.: *provesse – provesses – provesse – provêssemos – provêsseis – provessem*

Futuro: *prover – proveres – prover – provermos – proverdes – proverem*

h)* computar *(não possui "eu", "tu" e "ele" do presente do indicativo e todo o presente do subjuntivo)

Indicativo

Presente: *? – ? – ? – computamos – computais – computam*

Subjuntivo

Presente: – – – – –

i) **viger *(não possui o "eu" do presente do indicativo e, por conseqüência, o presente do subjuntivo inteiro; é verbo usado quase sempre na terceira pessoa).***

Indicativo

Presente: – *viges* – ***vige*** – *vigemos* – *vigeis* – ***vigem***

Pretérito perf.: *vigi* – *vigeste* – ***vigeu*** – *vigemos* – *vigestes* – ***vigeram***

Pretérito imperf.: *vigia* – *vigias* – ***vigia*** – *vigíamos* – *vigíeis* – ***vigiam***

Futuro do presente: *vigerei* – *vigerás* – ***vigerá*** – *vigeremos* – *vigereis* – ***vigerão***

Subjuntivo

Presente: – – – – –

Formas Nominais

Gerúndio: *vigendo*

Observação: Atenção ao pretérito perfeito do indicativo, na terceira pessoa do singular, pois **não existem na língua portuguesa** a forma "a lei vigiu", "a lei está vigindo". O correto é "a lei **vigeu**", "a lei está **vigendo**".

j) **adequar *(não possui as formas rizotônicas [*eu, tu, ele *e* eles do presente do indicativo] e também todo o presente do subjuntivo); no restante possui conjugação normal**

Indicativo

Presente: – – – *adequamos* – *adequais* –

Subjuntivo

Presente: – – – – –

l) **precaver** ***(não possui as formas rizotônicas [*****eu, tu, ele** ***e*** **eles** ***do presente do indicativo] e também todo o presente do subjuntivo); no restante segue o verbo paradigma (*****vender,** ***por exemplo)***

Indicativo

Presente: – – – *precavemos* – *precaveis* –

Pret. perf.: *precavi – precaveste – precaveu – precavemos – precavestes – precaveram*

Subjuntivo

Presente: – – – – –

m) **reaver** ***(não possui as formas rizotônicas [*****eu, tu, ele** ***e*** **eles** ***do presente do indicativo] e também todo o presente do subjuntivo); segue o verbo*** **haver** ***nas formas em que há a letra V:***

Indicativo

Presente: *hei – hás – há –* **havemos – haveis –** *hão*

Presente: – – – *reavemos – reaveis* – ?

Pret. Perf.: *houve – houveste – houve – houvemos – houvestes – houveram*

Pret. Perf.: *reouve – reouveste – reouve – reouvemos – reouvestes – reouveram*

Observação: **não existem na língua portuguesa** *reavi*, *reaveu* ou *reaviu*. É o correto: *eu reouve, ele reouve*.

Subjuntivo

Presente: haja – hajas – haja – hajamos – hajais – hajam

Presente: – – – – –

n)* apaziguar *e* averiguar *(trazem complicações de acento e pronúncia)

Indicativo

Presente: *apaziguo – apaziguas – apazigua – apaziguamos – apaziguais – apaziguam*

Subjuntivo

Presente: *apazigúe, apazigúes, apazigúe, apazigüemos, apazigüeis, apazigúem*

o)* argüir *(traz complicações de acento e pronúncia)

Indicativo

Presente: *arguo – argúis – argúi – argüimos – argüis – argúem*

Pretérito perf.: *argüi – argüiste – argüiu – argüimos – argüistes – argüiram*

Pretérito imperf.: *argüia – argüias – argüia – argüíamos – argüíeis – argüiam*

Subjuntivo

Presente: argua – arguas – argua – arguamos – arguais – arguam

p)* ferir *(apresenta irregularidades nos dois presentes)

Indicativo

Presente: *firo – feres – fere – ferimos – feris – ferem*

Subjuntivo

Presente: *fira – firas – fira – firamos – firais – firam*

Observação: Por *ferir*, conjugamos: *aderir, advertir, aspergir, aferir, auferir, cerzir, compelir, competir, concernir, conferir, conseguir, consentir, convergir, deferir, despir, diferir, divergir, discernir, divertir, gerir, deferir, desferir, desservir, diferir, digerir, expelir, impelir, indeferir, inerir, inferir, ingerir, inserir, investir, mentir, perseguir, preterir, propelir, prosseguir, refletir, repelir, repetir, revestir, seguir, servir, sugerir, vestir* e outros.

EXERCÍCIOS

1) Indique a(s) alternativa(s) que completa(m) com correção a lacuna. No caso de ausência, indique com ‰.

a) Os Estados Unidos ________________ acordo no Oriente Médio. Essa intervenção ________________ provisoriamente a situação.

( ) media ( ) medeia ( ) mediam ( ) medeiam
( ) remedia ( ) remedeia

b) Hoje, muitas organizações ________________ positivamente na sociedade, fazendo com que a população se ________________.

( ) intervém ( ) intervêem ( ) intervêm

( ) ( ) precavenha ( ) precaveja

c) O governador ________________ sua posição partidária. Afirmou ser preciso que o partido ________________ a confiança do eleitor.

( ) reouve ( ) reaveu ( ) reaviu ( )
( ) ( ) reavenha ( ) reaveja ( ) reava

d) É viável que a prefeitura ________________ suas escolas. Em um caso, uma cidade não ________________ por motivos políticos.

( ) proveja ( ) ?
( ) proveu ( ) proviu ( ) proveio ( ) ?

e) As dificuldades nem sempre ________________ dos grandes centros, pois as pesquisas ________________ problemas no interior do país.

( ) provém ( ) provêem ( ) provêm ( ) ?
( ) prevém ( ) prevêem ( ) prevêm ( ) ?

f) O brasileiro nem sempre ________________ a atuação de seu candidato. Essa atitude pouco ________________ na hora das eleições.

( ) computa ( ) ?
( ) contribui ( ) contribue

g) Ele não se ________________ do acidente, mas seu bom senso ________________ na hora. Depois todos ________________ mais segurança

( ) precaveu ( ) precaveio ( ) precaviu ( ) ?
( ) interviu ( ) interveio ( )
( ) requereram ( ) requiseram

GABARITO

1) Indique a(s) alternativa(s) que completa(m) com correção a lacuna. No caso de ausência, indique com ‰.

a) medeiam, remedeia

b) intervêm,

c) reouve,

d) proveja, proveu

e) provêm, prevêem

f) , contribui

g) precaveu, interveio, requereram

QUESTÕES DE PROVAS

1) (Mag-SP) Escolha a alternativa que preenche as lacunas da frase abaixo com as formas corretas dos verbos *ter* e *vir*.

A vida ________________ percalços que ________________ sem ninguém esperar; quando um deles ________________, todos ________________ de enfrentar com decisão.

a) tem, vêm, vem, têm
b) têm, vêm, vem, tem
c) têm, vem, vêm, tem
d) tem, vem, vêm, têm

2) (Mag-SP) Assinale a alternativa correta.

a) Não adianta buscar soluções que não se adéqüem ao caso concreto, nem se embasem na lei.
b) Ela intermedeia conflitos e remedeia situações problemáticas.
c) É mister que ele se precavenha contra tudo e contra todos.
d) Pleitea-se o que não se pode obter e opta-se por uma solução à margem da lei.

3) (Mag-SP) Assinale a alternativa correta de acordo com a norma culta da língua.

a) Se se comporem consensualmente as partes, o processo terá um fim célebre.
b) Se reaverem seus bens antes da audiência, os autores não se oporão ao fim da demanda.
c) Porque não crêem na parte contrária, os réus mantêm uma atitude reservada.
d) O réu interviu no feito e reconviu no prazo legalmente previsto.

4) (MP-RS) Assinale a alternativa que completa corretamente o período:

"________________ que a frase ficará mais elegante se ________________ os termos da oração e ________________ o sujeito oculto."

a) Convenhamos – transpormos – mantermos
b) Convimos – transpusermos – mantermos
c) Convimos – transpormos – mantivermos
d) Convenhamos – transpusermos – mantivermos
e) Convenhamos – transpusermos – mantermos

5) (MP- RS) Assinale a alternativa correta.

“Eu não ________________ outros autores; ________________ minhas falhas e ________________ contra quaisquer críticas.”

a) plagio – remedio – acautelo-me
b) plageio – remedeio – precavenho-me
c) plagio – remedeio – acautelo-me
d) plageio – remedeio – precavejo-me
e) plagio – remedeio – precavenho-me

6) (MP-RS) Marque a opção incorreta.

a) É provável que a comissão sobreste o exame desses processos.
b) Quando o vir, dê-lhe o recado.
c) O réu reconveio, como já era esperado.
d) Quero que se consignem na ata esses protestos.
e) É preciso que se distingam as duas situações.

GABARITO

1 – A

2 – B

3 – C

4 – D

5 – C

6 – A

PORTUGUÊS

Acentuação Gráfica
Ortografia
Prefixo e Hífen

1. ACENTUAÇÃO GRÁFICA

Falhas mais comuns

a) produzí-lo

- *o que diz a regra:* só se acentuam as oxítonas terminadas em A, E, O, EM (e plurais);
- *razão da falha:* faz-se uma falsa analogia com construções como construí-lo, instruí-lo, que devem ser acentuados porque seguem outra regra (do I e U tônicos e precedidos de uma vogal);
- *como diferenciar:* o **i** que não deve ser acentuado vem acompanhado de consoante (produ**zi**-lo, repar**ti**-lo, divi**di**-lo); o **i** que deve ser acentuado vem acompanhado de vogal (constr**uí**-lo, instr**uí**-lo, atrib**uí**-lo).

b) Pacaembú

- *o que diz a regra:* só se acentuam as oxítonas terminadas em A, E, O, EM (e plurais);

- *razão da falha:* faz-se uma falsa analogia com construções como Anhangabaú, Jaú, que devem ser acentuados porque seguem outra regra (do I e U tônicos e precedidos de uma vogal);
- *como diferenciar:* o U que não deve ser acentuado vem acompanhado de consoante (Pacaemb**u**, Aracaj**u**, Botucat**u**, Baur**u**, tat**u**, bamb**u**); o U que deve ser acentuado vem acompanhado de vogal (Anhangaba**ú**, Ja**ú**, ba**ú**).

c) ítem, ítens

- o que diz a regra: *não* se acentuam as paroxítonas terminadas em A, E, O, EM, AM (e plurais);
- razão da falha: falsa analogia com palavras (de origem grega) como *hífen, hímen* e *pólen*, que são acentuadas, pois a terminação é um pouco diferente, ou seja, terminadas em *EN*. O mais curioso é que no plural essas mesmas palavras não recebem acento: *hifens, himens* e *polens*. O que ocorre agora é a igualdade com a regra: paroxítona terminada em *EM (*ou no plural *ENS)* não é acentuada; memorize que a paroxítona com:
  - terminação *EM* = não se acentua (jovem, nuvem, item);
  - terminação *EN* = se acentua (hímen, pólen, abdômen, hífen);
  - terminação *ENS* = não se acentua (himens, polens, abdomens, itens).

d) frequência

- *o que diz a regra:* põe-se trema quando o U for sonoro e átono nas formações *qüe, qüi, güe, güi*

- *razão da falha:* houve um a divulgação de um acordo (entre países de língua portuguesa) no qual o trema seria abolido, porém tal acordo não está em vigor. O trema, portanto, oficialmente existe na língua portuguesa e deve ser usado.

e) econômia / emergêncial

- *razão da falha:* cuidado ao relacionar palavras da mesma família, pois a memória pode trazer o acento no momento inadequado. Por isso, faz-se a distinção: secretaria, secretária; emergência, emergencial etc.

f) compôr

- *razão da falha:* o verbo *pôr* recebe acento diferencial (para se distinguir da preposição por), porém todos os derivados (compor, repor, transpor, etc.) não recebem acento.

g) eles contém / eles intervém

- *razão da falha:* os verbos *ter* e *vir* assim ficam no presente do indicativo (na terceira pessoa):

  ele tem *ele vem*

  eles têm *eles vêm*

  já os derivados recebe a seguinte conjugação:

  ele contém *ele convém*

  eles contêm *eles convêm*

Nos verbos derivados (*conter* e *convir*), a sonoridade é igual, porém, na hora de escrever, marca-se uma diferença: o singular fica com o acento agudo

(ele *contém* / ele *convém*) e o plural com o acento circunflexo (eles *contêm* / eles *convêm*). Todos os derivados de *ter* (*abster-se, ater-se, conter, deter, entreter, manter, obter, reter,* etc.) e *vir* (*advir, avir-se, contravir, convir, intervir, provir, sobrevir,* etc.) recebem a mesma análise.

h) polo passivo / polo ativo

- *razão da falha:* a palavra *pólo* em língua portuguesa recebe um acento diferencial, para marcar distinção com a palavra arcaica (polo). Dessa forma, o nome do jogo ou os extremos devem ser grafados *pólo, pólos*.

2. ORTOGRAFIA

Palavras e Expressões Concorrentes e Duvidosas

ACERCA DE: significa "sobre, em referência a, em relação a":

Será enviado ainda hoje o tema ***acerca*** *das novas.*

CERCA DE: termo que expressa falta de exatidão; significa "perto de, aproximadamente":

Havia ali ***cerca de*** *trinta pessoas.*

A CERCA DE: seguindo o raciocínio anterior, temos a idéia de "imprecisão" mais a preposição "a":

Ele se referiu ***a cerca de*** *dez casos idênticos.*

Aquilo estava relacionado ***a cerca de*** *duzentas empresas diferentes.*

HÁ CERCA DE: aqui também temos a idéia de "imprecisão" o verbo *haver* (em geral usado com o sentido de "*existir*" ou se referindo a *tempo passado*):

> ***Há cerca de** cem casos iguais.*
>
> *Isso ocorreu **há cerca de** dois anos.*

AFIM: adjetivo que indica semelhança, afinidade

> *,Abundância e sobejidão são idéias **afins**.*

A FIM DE: locução prepositiva que indica finalidade, objetivo

> *Ele viajou **a fim de** se atualizar.*

AFINAL: advérbio que significa *por fim, finalmente*;

A FINAL: expressão usada na linguagem jurídica; significa *o que vem por último, no final*.

ANTE: prefixo que significa *antes;*

ANTI: prefixo que significa *contrário.*

AO ENCONTRO DE: significa "a favor de, em direção a, no mesmo sentido"

> *As crianças saíram **ao encontro do** pai, que chegava.*
>
> *O projeto veio **ao encontro dos** anseios da população.*

DE ENCONTRO A: significa "oposição, contra"

> *A denúncia de corrupção veio **de encontro às** expectativas dos eleitores.*

A PAR: ao lado de, junto

Nem sempre a humildade e a riqueza andam ***a par****.*

ciente, informado

Estava ***a par*** *de todas as novidades.*

AO PAR: termo usado na área econômica para indicar igualdade cambial

Esses papéis de crédito estão ***ao par****.*

O câmbio estava ***ao par****.*

A PRINCÍPIO: significa *no início, inicialmente, no princípio*;

EM PRINCÍPIO: significa *em tese, hipoteticamente*.

DIA A DIA: locução adverbial, semelhante a "diariamente"

Ele melhorava ***dia a dia****.*

DIA-A-DIA: substantivo, significa "a rotina, o cotidiano"

O seu ***dia-a-dia*** *era extenuante.*

EM VEZ DE: expressão que significa "no lugar de" e não possui restrições, cabendo em simples substituições e também em oposições:

Em vez de *vir de carro, veio de avião.*

Em vez de *estudar, dormiu.*

AO INVÉS DE: expressão que significa "ao contrário de" e só deve ser usada para idéias que se opõem, para antíteses:

Perdoou ***ao invés de*** *matar.*

Trabalhou ***ao invés de*** *descansar.*

Embriagu**EZ** *versus* Cort**ÊS**

EZA: tendo como base os adjetivos, "EZA" é um sufixo que forma os substantivos abstratos (belo – beleza, cru – crueza, pálido – palidez);

ESA: forma adjetivo e substantivo concreto, sempre aceita a versão feminina (holandês/holandesa) e indica origem (camponês), nacionalidade (francês), procedência (milanês) e títulos nobiliárquicos (marquês).

Observação: Uma forma de verificação é o uso dos verbos **ter** e **ser**. Em geral, quando se usar o verbo TER, cabe o sufixo com Z. Ao usar o verbo SER, o sufixo é S.

Verifique: ***Ter*** altive**z**, certe**z**a, nobre**z**a, rique**z**a.

Ser burguê**s**, portuguê**s**, prince**s**a, cortê**s**.

HAJA VISTA: é expressão que significa *"veja-se, por exemplo, atente-se para"* e possui três possibilidades de flexão:

a) *invariável:* A lei foi vetada, **haja vista** as inconstitucionalidades de vários artigos;

b) *invariável, seguida de preposição (a, de):* A lei foi vetada, **haja vista** às/das inconstitucionalidades de vários artigos;

c) *variável, concordando com a palavra posterior:* A lei foi vetada, **hajam vista** as inconstitucionalidades de vários artigos.

A letra "a)" é a opção mais recomendada hoje em dia. Destaca-se também que a palavra *"vista"* é, em qualquer circunstância, invariável.

HAJA VISTO: é locução verbal (conjugado no subjuntivo) em que o verbo auxiliar *haver* (haja) pode ser trocado por *ter* (tenha) e que aceita concordância normal com todas as pessoas: Embora ele haja (= tenha) visto o problema, nós

hajamos (= tenhamos) visto o problema, eles hajam (= tenham) visto o problema, ninguém conseguiu resolvê-lo.

HÁ UMA HORA: indica o tempo que passou, ou seja, faz uma hora. Deve sempre se referir ao tempo decorrido.

Exemplo: *Ele saiu **há uma hora**.*

À UMA HORA: designa o horário do relógio, ou seja, a expressão "*à uma hora*" pode designar "*à 1h da tarde (às 13h)*" ou "*à 1h da madrugada*".

Exemplo: *Ele sairá só **à uma hora.***

A UMA HORA: geralmente estará vinculada à idéia de futuro:

*A reunião começará daqui **a uma hora**.*

***A uma hora** do fim, começaram as vaias.*

distância:

*Quanto ao litoral fica **a uma hora** daqui.*

Indeterminação:

*Chegaram **a uma hora** qualquer.*

***A uma hora** dessas, tudo estava terminado.*

Anal**ISAR** versus Amen**IZAR**

ISAR: só grafe com **S** quando, na palavra primitiva, houver **is + vogal** (improv**is + o** = improvisar / pesqu**is + a** = pesquisar)*

av**iso**/av**isar**, cam**isa**/descam**isar**, catál**ise** / catal**isar**, fr**iso** / fr**isar**, l**iso** / al**isar**, paral**isi**a / paral**isar**

Atenção às derivadas: pesquisado, paralisado, paralisação, paralisante, frisado, catalisado improvisado, pesquisado etc.

IZAR: **não** havendo **is + vogal**, grafe **Z** (fértil = fertilizar; canal = canalizar; ameno = amenizar).

ameno/amenizar, baliza/balizar, batismo/batizar, canal/canalizar, catequese/catequizar, deslize/deslizar, cicatriz/cicatrizar, fértil/fertilizar, símbolo/simbolizar, real/realizar, verniz/envernizar

Atenção: batismo (**is + consoante**): bati**z**ar, bati**z**ado; catequese (**es + vogal**): catequi**z**ar, catequi**z**ado, catequi**z**ando, catequi**z**ação;

MAL: advérbio, substantivo e conjunção; antônimo de *bem*.

Ontem ele passou ***mal****.*

O ***mal*** *atingiu a população.*

Mal *entrou, já quis sair.*

MAU: adjetivo e substantivo; antônimo de *bom*.

Os bons nem sempre pagam pelos ***maus****.*

Ele disse que o trabalho não está ***mau****.*

ONDE: só use ao se referir a lugar e para os verbos e nomes que exigem preposição *EM* (*estar em, ficar em, entregar em*);

AONDE: só use ao se referir a lugar e para os verbos e nomes que exigem preposição *A (ir a, voltar a, chegar a*);

POR ORA: significa *até o momento, por enquanto.*

Apesar da dívida, não se falou ***por ora*** *em pagá-la.*

POR HORA: significa *a cada uma hora, pelo período de uma hora.*

Ele recebia o pagamento ***por hora*** *e não por mês.*

PORQUÊS – quatro são os porquês:

- ***porque**: conjunção* que introduz uma causa ou uma explicação. Na maioria das vezes, pode ser trocado pela conjunção *pois*:

  Ele não compareceu, ***porque*** *estava viajando.*

  Ele não compareceu, ***pois*** *estava viajando.*

- ***porquê**: substantivo*, por isso é a única forma que aceita pluralização. Em geral, vem acompanhado de um determinante (artigo, numeral, pronome) e pode ser substituído pela palavra *motivo, razão*:

  Desconheciam o ***porquê*** *do tumulto.*

  Desconheciam o ***motivo*** *do tumulto.*

- ***por que**: preposição + pronome relativo*; pode ser trocado fielmente por *pelo qual* (e variações):

  Essa era a tese ***por que*** *todos deram preferência.*

  Essa era a tese ***pela qual todos*** *deram preferência.*

- ***por que**: preposição + pronome interrogativo*; pode-se pospor a palavra *motivo*:

  Por que *ele não compareceu à reunião?*

  Por que motivo *ele não compareceu à reunião?*

Quando estiver perto de pausa (, ; . ! ?...), recebe acento circunflexo
Não compareceu ***por quê****?*

Exemplificação dos porquês:

- *Não veio ao nosso encontro,* ***porque*** *ficou doente.*

  Não veio ao nosso encontro, ***pois*** *ficou doente.*

- *Não quis falar o* ***porquê*** *de ter faltado.*

  Não quis falar o ***motivo*** *de ter faltado.*

- *Os amores* ***por que*** *você tem morrido dia a dia não nos explicam* ***por que*** *você continua a lutar.*

  Os amores ***pelos quais*** *você tem morrido dia a dia não nos explicam* ***por que motivo*** *você continua a lutar).*

Observação: Não confunda o **porquê** (o motivo) com **por que** (por que motivo). As trocas são diferentes, bem como o sentido da construção.

SE NÃO: conjunção condicional mais advérbio de negação; pode ser substituída por **caso não**:

Se não existirem mudanças, poderá ocorrer erro na contagem.

Se não = ***Caso não*** existam mudanças.

SENÃO: possui vários sentidos: *a não ser, exceto:*

Não faz outra coisa ***senão*** *trabalhar.*

mas, mas também:

Tornou-se popular não só no Brasil, ***senão*** *também em todo o mundo.*

caso contrário:

Estude muito ***senão*** *você não entenderá essas teorias.*

defeito, erro:

Os ***senões*** *de que você tanto fala não merecem muito crédito.*

TAMPOUCO: significa *também não, nem sequer:*

Não veio ***tampouco*** *enviou desculpas.*

TÃO POUCO: significa *muito pouco:*

Não ganhava tão pouco como sempre afirmou.

TÃO SÓ: *tão sozinho:*

Vivia ***tão só*** *naquele lugar*.

TÃO-SÓ: *tão-somente*, expressão que enfatiza o uso do advérbio *somente:*

São atos que ***tão-só*** *merecem desprezo.*

TRÁS: funciona como preposição ou advérbio; forma também *atrás, detrás, por trás, para trás*. Para memorizar, lembre-se de *traseira*.

TRAZ: refere-se ao verbo trazer, aceita mudança de tempo (*trazia, trará*) e também o plural (*trazem*).

EXERCÍCIOS

1) *(ES* ou *EZ – ESA* ou *EZA)*

acid___, altiv___, arid___, calabr___, campon___, cort___, cupid___, fluid___, estupid___,

liquid___, lucid___, mesquinh___, montanh___, mud___, nud___, palid___, pequen___ *(pequeno)*, pequin___ *(cão)*.

2) *(S* ou *Z)*

abali___ar, agili___ar, ali___ar, ameni___ar, bati___ar, canali___ar, carboni___ar, catali___ar, catequi___ar,

capitali___ar, coti___ar, desli___ar, fiscali___ar, fri___ar, humani___ar, parali___ar, sinteti___ar, sifili___ar, suavi___ar.

3) (*MAL* ou *MAU*)

a) Viu-se o _______ desempenho deles.

b) Era um ______ para todos.

c) O ______ gosto sobressaiu.

4) (*ONDE* ou *AONDE*)

a) Com tal idéia______ ele chegará?

b) Não se sabe______ está o erro.

c) Foi para o lugar_____ nasceu.

5)

a) O governo prometeu **intervir** urgentemente para evitar mais um ***grande*** escândalo.

( ) uma intercessão ( ) uma interseção
( ) vultuoso ( ) vultoso

b) O fato passou **sem ser notado**.

( ) despercebido ( ) desapercebido

c) O **direito de exercer o cargo** foi **anulado**.

( ) mandado ( ) mandato
( ) caçado ( ) cassado

d) Pediu licença para ***limpar o nariz***.

( ) assoar ( ) assuar

e) A balança já foi ***fiscalizada*** por ele.

( ) aferida ( ) auferida

f) É necessária a ***colocação das características*** dele.

( ) descrição ( ) discrição

g) ***A sala de prisão*** era pequena.

( ) sela ( ) cela

h) Novamente vão **desfazer o trato**.

( ) distratar ( ) destratar

i) As falhas eram ***impossíveis de serem contadas***.

( ) enumeráveis ( ) inumeráveis

j) A prova foi ***obtida*** por peritos.

( ) aferida ( ) auferida

l) Hoje é preciso ter bom ***juízo***.

( ) senso ( ) censo

m) Havia urgência, pois estava ***prestes a acontecer*** o acidente.

( ) eminente ( ) iminente

n) Faltou medir ***a extensão*** do terreno.

( ) comprimento ( ) cumprimento

6) Observe as palavras destacadas e assinale a alternativa que traz formação equivocada.

a) Saíram daqui *há menos de* meia hora.

b) Ainda *a tempo* para o governo mudar.

c) Eles poderão vir só daqui *a pouco*.

d) A colisão ocorreu *há pouco tempo*.

e) Todos chegaram *a tempo* de fazer a prova.

a) Algumas pessoas não sabem *aonde* chegam seus protestos.

b) Pense no ideal *porque* trabalhamos e diga-me *porque* fracassamos.

c) A justiça *infligiu* a pena merecida aos desordeiros.

d) Ele não tinha intenção de atirar, *tampouco* de matar o indivíduo.

e) Ele acompanhou o caso *dia a dia*.

7) Marque com um X a(s) forma(s) que completam com correção.

a) Ele saiu ________________ evitar o constrangimento.

( ) a fim de ( ) afim de

b) A prisão do corrupto é algo que vem ________________ expectativas sociais.

( ) ao encontro das ( ) de encontro às

c) Ele assumiu a paternidade, ________________ seria obrigado a fazer o exame.

( ) senão ( ) se não

d) A polícia já estava ________________ de suas ações.

( ) a par ( ) ao par

8) Indique a e expressão que completa com correção.

(porquês)

a) Não se sabe ________________ houve a discussão.
b) Nobres são as causas ________________ lutamos.
c) Não se sabe o ________________ da discussão.
d) Você não veio à reunião ________________ se atrasou?
e) Houve a explosão, mas ninguém sabe ________________.

(cerca de)

a) Não se confirmou a reunião ________________ das mudanças fiscais.
b) ________________ de 10 pessoas foram distribuídas as entradas.

c) Os portugueses chegaram ao Brasil _______________ de 500 anos.

d) Ainda _______________ de três milhões de dívida.

(se não / senão)

a) Só faça isso _______________ houver outra solução.

b) Faça o favor, _______________ haverá briga.

c) Ele só tinha um _______________ : mentia.

9) (MP-SC) Assinale a alternativa correta.

a) Algumas pessoas não determinam donde provém sua insatisfação, porque não sabem onde vão os sentimentos bem aonde mora a consideração pelo próximo.

b) Pense nos ideais porque trabalhamos há tanto tempo, e diga-me porque fracassamos.

c) A justiça infligiu a pena merecida aos desordeiros.

d) Promoveram uma festa beneficiente.

e) A incipiência do povo levou-o a tachar de feiticeiros os espertos em astronomia.

10) (MP-SC) Assinale a alternativa incorreta.

a) A situação era difícil porque faltam recursos.

b) Eles não nos comunicaram que iriam viajar, por quê?

c) Ninguém conseguiu descobrir porque ele teria cometido o crime.

d) Gostaria de saber por que eles ficaram tão revoltados.

e) As razões por que as testemunhas faltaram eram evidentes.

11) (MP-RS) Marque a opção em que as palavras não são sinônimas.

a) *censo* - juízo

b) *serrar* - cortar

c) *comprimento* - extensão

d) *degradar* - rebaixar

e) *destratar* - insultar

GABARITO

1) *(ES* ou *EZ - ESA* ou *EZA)*

acid**EZ**, altiv**EZ**, arid**EZ**, calabr**ÊS**, campon**ÊS**, cort**ÊS**, cupid**EZ**, fluid**EZ**, estupid**EZ**, liquid**EZ**, lucid**EZ**, mesquinh**EZ**, montanh**ÊS**, mud**EZ**, nud**EZ**, palid**EZ**, pequen**EZ** *(pequeno)*, pequin**ÊS** *(cão)*.

2) *(S* ou *Z)*

abali**Z**ar, agili**Z**ar, ali**S**ar, ameni**Z**ar, bati**Z**ar, canali**Z**ar, carboni**Z**ar, catali**S**ar, catequi**Z**ar, capitali**Z**ar, coti**Z**ar, desli**Z**ar, fiscali**Z**ar, fri**S**ar, humani**Z**ar, parali**S**ar, sinteti**Z**ar, sifili**Z**ar, suavi**Z**ar.

3) (*mal* ou *mau*)

a) Viu-se o **MAU** desempenho deles.

b) Era um **MAL** para todos.

c) O **MAU** gosto sobressaiu.

4) (*onde* ou *aonde*)

a) Com tais idéias AONDE ele chegará?

b) Não se sabe ONDE está o erro.

c) Foi para o lugar ONDE nasceu.

a) O governo prometeu **intervir** urgentemente para evitar mais um ***grande*** escândalo.

(X) uma intercessão ( ) uma interseção
( ) vultuoso (X) vultoso

b) O fato passou **sem ser notado**.

( ) despercebido (X) desapercebido

c) O **direito de exercer o cargo** foi **anulado**.

( ) mandado (X) mandato
( ) caçado (X) cassado

d) Pediu licença para ***limpar o nariz***.

(X) assoar ( ) assuar

e) A balança já foi ***fiscalizada*** por ele.

(X) aferida ( ) auferida

f) É necessária a ***colocação das características*** dele.

(X) descrição ( ) discrição

g) ***A sala de prisão*** era pequena.

( ) sela (X) cela

h) Novamente vão **desfazer o trato**.

(X) distratar ( ) destratar

i) As falhas eram ***impossíveis de serem contadas***.

( ) enumeráveis (X) inumeráveis

j) A prova foi ***obtida*** por peritos.

( ) aferida (X) auferida

l) Hoje é preciso ter bom ***juízo***.

(X) senso ( ) censo

m) Havia urgência, pois estava ***prestes a acontecer*** o acidente.

( ) eminente (X) iminente

n) Faltou medir ***a extensão*** do terreno.

(X) comprimento ( ) cumprimento

6) Observe as palavras destacadas e assinale a alternativa que traz formação equivocada.

a) Saíram daqui *há menos de* meia hora.

b) Ainda *a tempo* para o governo mudar.

a) Algumas pessoas não sabem *aonde* chegam seus protestos.

b) Pense no ideal *porque* trabalhamos e diga-me *porque* fracassamos.

c) Eles poderão vir só daqui *a pouco*.

d) A colisão ocorreu *há pouco tempo*.

e) Todos chegaram *a tempo* de fazer a prova.

c) A justiça *infligiu* a pena merecida aos desordeiros.

d) Ele não tinha intenção de atirar, *tampouco* de matar o indivíduo.

e) Ele acompanhou o caso *dia a dia*.

7) Marque com um X a(s) forma(s) que completam com correção.

a) Ele saiu ________________ evitar o constrangimento.

(X) a fim de ( ) afim de

b) A prisão do corrupto é algo que vem ________________ expectativas sociais.

(X) ao encontro das ( ) de encontro às

c) Ele assumiu a paternidade, ________________ seria obrigado a fazer o exame.

(X) senão ( ) se não

d) A polícia já estava ________________ de suas ações.

(X) a par ( ) ao par

8) Indique a e expressão que completa com correção.

(porquês)

a) Por que

b) Por que

c) Porquê

d) Porque

e) Por quê (*ou P*orquê).

(cerca de)

a) Acerca

b) A cerca

c) Há cerca

d) Há cerca

(se não / senão)

a) Se não

b) Senão

c) Senão

9) c

10) c

11) a

3. PREFIXO E HÍFEN

Os prefixos em relação ao uso do hífen se organizam em três grupos:

- prefixos que sempre vêm com hífen;
- prefixos que eventualmente recebem hífen;
- prefixos que nunca recebem hífen.

3.1. Prefixos que Sempre vêm com Hífen

além – aquém – recém – pós – pré[1] – pró – soto – sota – vice – grã – grão – sem – bem – ex[2] – não – co(m)[2]

Prefixos que possuem tonicidade própria e **sempre virão com hífen**: além-mar, além-túmulo, aquém-mar, aquém-fronteiras, recém-nascido, pós-graduação, pós-operatório, pré-requisito, pró-alfabetização, soto-soberania, vice-presidente, grã-fino, sem-cerimônia, bem-amado, ex-presidente, não-agressão, co-acusado, co-autor, co-avalista, co-credor, co-signatário, co-fiador

Nota[1]: Os prefixos *pós, pré, pró,* que são tônicos e vêm acentuados, também possuem formação com pronúncia átona, sem acento e sem hífen. Compare: *pós-doutorado*, mas *pospor*; *pré-aviso*, mas *prefixado*, *pró*-americano, mas pronome, etc. A diferença sonora (*som aberto*/*som fechado*) providencia, em geral, o uso adequado. Cuidado, porém, com as formas oficiais das seguintes palavras: preadivinhar, prealegar, preanunciar, preaquecer, precautelar, precingir, precintar, precogitar, preconceber, preconcepção, precondição, precondicionar, predefinir, predelinear, predemarcar, predestinar, predestinado,

predeterminar, predeterminado, predispor, predisposto, predizer, preestabelecer, preestabelecido, preexistir, preexistido, preexistente, prefazer, prefigurar, prefiltrar, prefixar, prefixado, prefixação, preformar, prejulgar, prejulgamento, prejulgado, prematurar, premunir, prenomear, prenotar, prenotado, preopinar, preordenação, preordenado, prepor, prequestionar, prequestionado, pretraçar, prevaler, previver. Aqui, nota-se uma lacuna entre a fala e a escrita.

Nota[2]: O prefixo *ex* é usado aqui com o sentido de “estado anterior”, “que foi”.

Nota[3]: O sentido do prefixo *co(m)* é “a par, juntamente, companhia”. Há formações antigas que merecem atenção, pois são escritas sem hífen: coabitar, coação, coadjuvar (ajudar, auxiliar), coadquirir, coadunar (junta, reunir), coator, coessência, coestaduano (do mesmo estado), coetâneo (da mesma idade), coeterno, coexistir, coirmão, coligar. O prefixo *–co* não possui uma regra que indique com clareza seu uso. O critério parece estar vinculado ao aspecto histórico, entre as formações antigas (sem hífen) e as modernas (com hífen), e isso não permite uma simplificação. Infelizmente, na hora de grafar palavras com esse prefixo, ou se tem a sua imagem memorizada ou se deve consultar um dicionário.

3.2. Prefixos que Eventualmente Recebem Hífen (Síntese Mnemônica)

PREFIXOS			VOGAL	H	R	S
contra extra infra ultra	intra supra semi auto	pseudo neo proto	X X X X	X X X X	X X X X	X X X X
ante anti	sobre arqui			X X	X X	X X
hiper	inter	super		X	X	
ab sob	ad sub	ob			X X	
circum	pan	mal	X	X		
entre				X		

Exemplos

auto-elogio, auto-retrato; neo-realismo; proto-setor; pseudo-amigo, pseudo-herói, pseudo-sócio*;* semi-árido, semi-real, semi-selvagem; contra-ação, contra-regra, contra-senso; extra-oficial; intra-resistência; supra-sumo; ultra-secreto. Exceção: extraordinário. *Nota:* As outras palavras virão **sem** hífen: extralegal, extravasar, infraconstitucional, infravermelho, intranasal, protótipo, semifinalista, ultrademocrático.

ante-sala, ante-socrático; anti-higiênico, anti-horário, anti-semitismo; arqui-reino, arqui-sede; sobre-humano (Exceções: sobressair, sobressaltar, sobressalente.) *Nota:* O restante, **sem** hífen: antejulgar, antemão, antenupcial, anteprojeto, antiterrorismo, arquiinimigo, sobreaviso, sobrecarga.

hiper-realismo; inter-humano; super-realismo. *Nota:* O restante, **sem** hífen: hiperagudo, interagente, interestadual, intersindical, superalimentação, superego, superexposição.

ab-renunciação, ab-rogar; ad-rogar; ob-rogar; sub-regra, sub-remunerado, sub-reptício, sub-rogar. *Nota:* O restante, **sem** hífen: subalterno, subalugar, sublocar, subsecretariado, subitem, subtópico. Se a palavra se inicia com h, perderá essa letra: subabitar, subumano, subidratação, subigiene.

circum-adjacente, circum-higienização; pan-americano, pan-europeu, pan-helênico; mal-amado, mal-estar, mal-humorado. *Nota:* O restante, **sem** hífen: circumpolar, circunavegação, circuncisão, circunflexo, circunlóquio, pancromático, pandemônio, pansexual, pansofia, panteísmo, malcheiroso, malcriado, malnascido, malsucedido.

entre-hemisfério, entre-hospitalar, entre-hostil. *Nota:* As outras palavras virão ligadas sem hífen: entreaberto, entrechoque, entrefolha, entrelinha.

3.3. Prefixos que Nunca Recebem Hífen

Quanto aos outros prefixos (e/ou radicais) que não constaram do quadro acima, use sempre sem hífen, resguardando estas noções:

- *se a palavra à frente é iniciada por* ***s****, dobra-se o* ***s****:* biossocial, heterossexual, dissilábico, macrossociedade, minissérie, morfossintaxe, uníssono; hipossuficiente;

- *se a palavra à frente é iniciada por* ***r****, dobra-se o* ***r***: biorritmo, macrorrizo (grande raiz) microrregional, microrreprodução, telerreportagem;
- *se a palavra à frente é iniciada por* ***h****, suprime-se o* ***h***: enarmonia, exausto, filarmônico, inábil, inumano, lobisomem, niilismo, reabilitar, reaver, transumano, turboélice;
- *se a palavra à frente é iniciada por* ***vogal*** *ou* ***consoante*** *(exceto H, R, S), une-se ao prefixo sem hífen*: macroestrutura, microempresário, plurievidências, poliesportivo, teleobjetiva, paraestatal.

	+ saia = minissaia		+ ambiente = macroambiente
	+ salário = minissalário		+ estrutura = macroestrutura
mini	+ organização = miniorganização	macro	+ harmonização= macroarmonização
	+ revolução = minirrevolução		+ satisfação = macrossatisfação
	+ homem = miniomem		+ rotação = macrorrotação

Exemplos

bio (vida): biologia, biorritmo, biossíntese, biossocial, biossistema

eco (casa, moradia, ambiente): ecologia, economia, ecoturismo, ecoescola

foto (referente à luz): fotoatividade, fotobactéria, fotorreação, fotossíntese

geo (terra): geobiologia, geociclo, geofísica, geografia, geopolítica

hetero (outro): heterogêneo, heterônimo, heterossexual, heterossinapse

hidro (água): hidroavião, hidromineral, hidrorragia, hidrossolúvel, hidrovia

hipo (escassez, posição inferior): hipocalórico, hipoglicemia, hipossuficiente

hipo (cavalo): hipismo, hípico, hipódromo, hipópode, hipopótamo

holo (inteiro, completo): holocausto, holofote, holismo, holístico, holótipo

homo (semelhante, igual, mesmo): homógrafo, homônimo, homossexual

macro (longo, grande): macróbio, macroeconomia, macrossaia, macrorregião

meso (meio): mesóclise, mesolítico, Mesopotâmia, mesosfera, mesozóico

micro (pequeno): microempresa, microondas, microônibus, microrregião, microssistema

mini (mínimo): minimundo, miniorganismo, minirretrato, minissaia, minissérie

multi (muitas vezes): multiforme, multimilionário, multirracial, multissecular

pluri (vários): plurianual, pluricelular, pluriforme, plurilíngüe, plurissecular

poli (em grande número): poligamia, poliinfecção, polirrítmico, politeísmo

psico (espírito, alma): psicografia, psicossomático, psicossexual, psciossocial

retro (para trás): retroalimentação, retroagir, retroatividade, retrosseguir

sócio (social): sociocultural, socioeconômico (por consagração sócio-econômico)

sociolingüística, sociopolítico,

tele (longe): telecomando, teleobjetiva, telerrespostam, telerreportagem, televia

tetra (quatro): tetracampeão, tetraedro, tetraneto, tetraplégico, tetravalência

uni (um): unicelular, unilateral, unirrefringente, unissexuado, uníssono

uxori (esposa): uxoricida, uxoricídio, uxorilocal, uxório

verna (produzido em casa, doméstico): vernáculo, vernaculista, vernaculizar

Observação: O radical *sócio* possui um uso vacilante e aparece com hífen em algumas construções (socioeconômico / sócio-econômico; socioideológico / sócio-ideológico). Pela regra, não deve haver hífen.

EXERCÍCIO

Una as palavras.

a) ab+jurar:

b) extra+oficial:

c) extra+ordinário:

d) inter+americano:

e) pluri+celular:

f) semi+deus:

g) ambi+destro:

h) sobre+humano:

i) supra+sumo:

j) hipo+suficiente:

l) des+habitado:

m) anti+horário:

n) bio+social:

o) micro+ondas:

p) super+emigração:

q) sub+alugar:

r) auto+alugar:

s) des+habilitado:

t) tele+instalação:

u) arqui+inimigo:

v) pseudo+amigo:

x) pan+americano:

z) hiper+inflação:

GABARITO

a) abjurar

b) extra-oficial

c) extraordinário

d) interamericano

e) pluricelular

f) semideus

g) ambidestro

h) sobre-humano

i) supra-sumo

j) hipossuficiente

l) desabitado

m) anti-horário

n) biossocial

o) microondas

p) superemigração

q) subalugar

r) auto-alugar

s) desabilitado

t) teleinstalação

u) arquiinimigo

v) pseudo-amigo

x) pan-americano

z) hiperinflação

PORTUGUÊS

Pontuação

Pronomes Pessoais: Colocação e Uso

1. PONTUAÇÃO

Entre os sinais de pontuação, há um que geralmente se destaca em provas ou em correções textuais: a vírgula. A dificuldade principal no uso da vírgula nasce por a relacionarmos com a respiração, com a pausa. A vírgula, porém, está ligada às funções sintáticas, fazendo três movimentos essenciais (*separar*, *isolar* e *destacar*):

- *separar* termos e orações que estejam no mesmo nível, repetindo a mesma função;
- *isolar* termos e orações que estejam fora do lugar normal (deslocados ou intercalados) e em função secundária, explicativa, não essencial;

O princípio basilar é não separar aquilo que possui relação lógica (por isso não se põe vírgula entre sujeito e verbo, entre verbo e complemento, entre conectivo e a oração que ele está introduzindo). Paralela a essa noção, deve-se saber isolar o termo secundário (geralmente adjunto adverbial ou oração adverbial) que estará entre termos que possuem relação lógica. Observe caso a caso as principais falhas e as correções:

1.1. Síntese do uso da vírgula

Uso Proibido	
. Sujeito + Verbo + Complemento	*Tal medida econômica deve melhorar o mercado interno.*
. Or. Principal + Or. Sub. Substantiva	*O ministro disse que o mercado interno deve melhorar.*
. Or. Principal + Or. Sub. Adj. Restritiva	*Foi confirmada a medida que deve melhorar o mercado interno.*
Uso Facultativo	
. Adjunto Adverbial	*A medida econômica deve, daqui a um mês, melhorar o mercado.*
. Oração Adverbial: na ordem direta	*Tal medida deve melhorar o mercado interno , se houver o acordo.*
. Inversão dos Termos	*O mercado interno , tal medida econômica deve melhorar .*
Uso Obrigatório	
. Aposto	*Tal medida econômica , fruto do acordo , melhorará o mercado.*
. Vocativo	*Prezados Senhores , tal medida econômica melhorará o mercado.*
. Or. Principal + Or. Sub. Adj. Explicativa	*A medida econômica , que foi confirmada, melhorará o mercado.*
. Oração Adverbial: antes da Oração Principal	*Se houver o acordo , tal medida deve melhorar o mercado interno.*
. Oração Adverbial: no meio da Oração Principal	*Tal medida , se houver o acordo , deve melhorar o mercado.*
. Oração Coordenada (menos *e, ou, nem*)	
- conjunção no início da oração:apenas uma vírgula antes	*Haverá melhoria , todavia falta concretizar o acordo ainda.*
- conjunção deslocada, isto é, no meio ou no final: isolar	*Haverá melhoria, falta , todavia , concretizar o acordo ainda.*

1.2. A Vírgula nas Orações Reduzidas

1.2.1. Gerúndio

As *reduzidas de gerúndio* vêm normalmente com vírgula:

- *duas se no meio*: O Estado**,** *visando ao bem comum***,** elabora suas normas.
- *uma se antecipada*: *Visando ao bem comum***,** o Estado elabora suas normas.
- *uma se no final*: O Estado elabora suas normas**,** *visando ao bem comum*.

Exemplos: Esta teoria objetiva que**,** *mesmo existindo a separação de poderes***,** haverá uma interferência entre eles.

Afastando-se dessas normas, estará a sentença contaminada de vício.

1.2.2. Particípio

Nas *reduzidas de particípio* antecipadas, a vírgula é obrigatória.

Exemplos: *Uma vez preenchidos todos os requisitos legais*, o Ministério Público dispõe do processo.

Analisadas as constas estrangeiras, pode-se ter uma idéia mais evidente do problema.

Nas *reduzidas de particípio* intercaladas, o uso da vírgula depende do valor da oração:

Restritivo: Os dois times *classificados na primeira fase* participarão da semifinal.

Explicativo: O Brasil, *descoberto por portugueses*, fala a língua lusitana, porém com influências africanas e indígenas.

Adverbial: Os eleitores, *conferidos seus documentos*, votarão em urnas individuais.

1.2.3. Infinitivo

As *orações reduzidas de infinitivo (com valor adverbial)*, desde que deslocadas, vêm com vírgula.

Exemplos: Esse preceito, *ao efetivar-se na legislação brasileira*, trouxe grande avanço nas conquistas sociais.

Ao efetivar-se na legislação brasileira, esse preceito trouxe grande avanço nas conquistas sociais.

1.3. Análise das Principais Falhas

1.3.1. Básico

a) Tal atitude, surpreendeu a todos.

Sem vírgula, porque sujeito e verbo não podem ser separados.

b) Todos os problemas foram resolvidos, somente por mim.

Tira-se a vírgula, pois não se separa o verbo e seu complemento.

c) Todos já sabiam que, a mesma pessoa voltaria para lá.

Não se separa o conectivo e a oração que ele introduz. Sem vírgula é o correto.

1.3.2. Médio

d) Apurou-se ainda, que o último projétil atingiu gravemente, o homem.

Entre os elementos que possuem relação lógica não se usa vírgula. Na frase acima a relação lógica é:

Apurou-se................que...............o último projétil atingiu o homem

conectivo e a oração que ele introduz

Os elementos secundários são: *ainda* e *gravemente*. Como são advérbios, qual o procedimento? Ou se usam duas vírgulas ou nenhuma:

Apurou-se........................que o último projétil atingiu................................o homem.

, ainda**,** **,** gravemente**,**

ou duas vírgulas ou nenhuma ou duas vírgulas ou nenhuma

e) Requer-se outrossim, a oitiva das testemunhas...

Qual a relação lógica, o que se requer? O que se requer é a oitiva, portanto entre o verbo e seu complemento (oitiva) não se pode pôr uma vírgula, separando-os. Como há um elemento secundário entre eles (outrossim), cerque-o, isole-o, ou seja, use duas vírgulas: Requer-se**,** outrossim**,** a oitiva.

f) A pessoa disse que ainda ontem, confirmaria tudo.

Com adjuntos adverbiais, ou duas (**,**ainda ontem**,**) ou nenhuma (ainda ontem).

1.3.3. Avançado

g) Para que haja mudanças é necessário agir.

Quando as orações adverbiais estão deslocadas (antes ou no meio da oração principal), a vírgula é obrigatória: Para que haja mudanças**,** é necessário agir.

h) Tudo ficou acertado, pois mesmo que houvesse falhas, o documento seria aceito.

Há uma oração adverbial no meio de outra oração, portanto duas vírgulas:

Tudo ficou acertado, pois..o documento seria aceito.

, mesmo que houvesse falhas,

i) Ele disse que se não houvesse contratempos, estaria presente no debate.

Mesmo caso: há uma oração adverbial no meio de outra oração: duas vírgulas.

Ele disse que...estaria presente no debate.

, se não houvesse contratempos,

j) artigo 107, IV do Código Penal

Observe que na citação de leis há duas ordens:

ordem direta: inciso IV do art. 107 do Código Penal

1 2 3

ordem indireta: artigo 107, IV , do Código Penal

2 3

vírgula obrigatória

A relação lógica é sempre entre o artigo e a Constituição, o artigo e o Código. Os elementos que aparecerem entre eles devem estar cercados, ilhados com duas vírgulas.

ordem indireta: art. 128 , I e II , do Código Penal

vírgula obrigatória

ordem indireta: art. 5º , § 2º , da Constituição Federal

vírgula obrigatória

l) A Constituição Federal de 88 a qual trouxe importantes inovações sociais foi citada pelo autor.

Nas orações adjetivas explicativas, deve-se sempre isolá-las: uma vírgula antes, outra depois: A Constituição Federal de 88**,** *a qual trouxe importantes inovações sociais***,** foi citada pelo autor

EXERCÍCIOS

Identifique a falha de pontuação e justifique a correção.

1) O artigo 2º da Constituição Federal, refere-se aos Poderes da União.

2) A legislação criada pelo homem para organizar a sociedade, cuidou de assegurar essas condições.

3) Os números pesquisados pelo IBOPE, não revelam com precisão, a verdadeira tendência do eleitor.

4) Todos já sabiam que, a mesma pessoa voltaria para lá.

5) Ele disse que somente no outro dia, confirmaria tudo.

6) Observou-se novamente, que a partir das 18 horas, haverá a possibilidade de novo confronto.

7) Avisamos que devido ao número de cartas recebidas, a premiação será cancelada.

8) O ator fez referência ao art. 71, parágrafo único do Código Penal. Depois citou o art. 9º, § 1º da Constituição Federal.

9) Houve o transporte do produto em embalagens adequadas e, a sua quebra, aconteceu no manuseio após a entrega.

10) O problema atinge apenas o funcionário e o patrão, apesar de não aceitar tal posição, pretende indenizá-lo.

11) Estiveram presentes José Pereira, reclamante e João Silveira, reclamado para a realização dos depoimentos.

12) Cumpre ainda ressaltar, que tal princípio vigora no Brasil.

13) Cumpre ainda ressaltar que, no Brasil vigora tal princípio.

14) Tudo já estava combinado, pois ainda que houvesse falhas, o documento seria aceito.

15) Importante mencionar que se as pessoas desconheciam tal possibilidade, podem exigir a inserção.

16) Foi também convocado José da Silva Xavier que estava no local do crime, mas no dia determinado, não compareceu.

17) A Lei 9.455/97 que define o crime de tortura, é a que traz o rol citado.

18) Três cidades foram importantes nessa época: o Rio de Janeiro que concentrava o poder, Minas Gerais que possuía riquezas naturais e agropecuárias e São Paulo que começava a se posicionar como forte centro industrial.

19) Ele disse que se não houvesse contratempos, estaria presente.

20) Ele disse que estaria presente se não houvesse contratempos.

21) Poderá inscrever-se no concurso, todo candidato que na data prevista pelo edital, possuir mais de 18 anos. Se houver inscrição por procuração, deverá o procurador, apresentar documentação registrada em cartório. O prazo de inscrição, vai até o dia 30.

EXERCÍCIOS DE PROVAS

1) ***(MP/RS) Assinale a alternativa com erro de pontuação.***

a) Recebi o dinheiro; não gastei, porém, até o fim.

b) Ambos sabiam que, naquele momento teria uma surpresa.

c) Deixou tudo: mulher, filhos, emprego...

d) Não fomos ao cinema, pois estava chovendo.

e) Não tenho disposição; não irei, pois, ao escritório.

2) (Mag-SP) O emprego da vírgula é inadequado na oração:

a) O Juiz, com bons fundamentos, votou vencido.

b) Todos os condôminos presentes, recusaram a proposta.

c) Não há, portanto, risco de vida.

d) Por esse fundamento, aqui aduzido, negaram provimento.

3) (MP/RS) Marque a opção em que há erro por falta ou emprego indevido de vírgula.

a) Por tais razões, entende-se, que na hipótese dos autos, não há infringência aos arts. 222 e 223, parágrafo único, do CPC.

b) Tenho a nítida impressão de que este ano será muito mais difícil para nós.

c) Na sistematização das leis mais complexas, seção é o conjunto de artigos que versam sobre o mesmo tema.

d) O Município ofereceu contra-razões, e o Ministério Público opinou pelo improvimento do apelo.

e) A Constituição de 1988 ampliou as possibilidades de se questionar a constitucionalidade das leis e a dos atos normativos do poder público.

GABARITO

1) *errado:* O artigo 2º da Constituição Federal, refere-se aos Poderes da União.

razão: Nunca se separa o sujeito do verbo.

correto: O artigo 2º da Constituição Federal refere-se aos Poderes da União.

2) *errado:* A legislação criada pelo homem para organizar a sociedade, cuidou de assegurar essas condições.

razão: Nunca se separa o sujeito do verbo. Como há oração adverbial entre sujeito e verbo, deve-se isolá-la.

correto: A legislação criada pelo homem **,** para organizar a sociedade **,** cuidou de assegurar essas condições.

3) *errado:* Os números pesquisados pelo IBOPE, não revelam com precisão, a verdadeira tendência do eleitor.

razão: Duas falhas, pois nunca se separa o sujeito do verbo e, por sua vez, o verbo de seu complemento. Como há adjunto adverbial entre o verbo e seu complemento, pode-se isolar o elemento acidental ou não:

correto: Os números pesquisados pelo IBOPE não revelam**,** com precisão **,** a verdadeira tendência do eleitor.

correto: Os números pesquisados pelo IBOPE, não revelam com precisão a verdadeira tendência do eleitor.

4) *errado:* Todos já sabiam que, a mesma pessoa voltaria para lá.

razão: Entre o conectivo e a oração que ele introduz, a vírgula é proibida, pois seria romper uma relação lógica.

correto: Todos já sabiam que a mesma pessoa voltaria para lá.

5) *errado:* Ele disse que somente no outro dia, confirmaria tudo.

razão: Para os adjuntos adverbiais deslocados, ou se usam duas vírgulas ou nenhuma. A vírgula sozinha está incorreta, pois sempre estará separando uma relação mais importante (sujeito e verbo / conectivo e oração). Deve-se usar um par ou nenhuma:

correto: Ele disse que**,** somente no outro dia **,** confirmaria tudo.

correto: Ele disse que somente no outro dia confirmaria tudo.

6) *errado:* Observou-se novamente, que a partir das 18 horas, haverá a possibilidade de novo confronto.

razão: Idêntico ao número 5

correto (isolando os advérbios): Observou-se **,** novamente **,** que **,** a partir das 18 horas **,** haverá a possibilidade de novo confronto.

correto (sem vírgulas): Observou-se novamente que a partir das 18 horas haverá a possibilidade de novo confronto.

correto (em um só dos advérbios): Observou-se novamente que **,** a partir das 18 horas **,** haverá a possibilidade de novo confronto.

7) *errado:* Avisamos que devido ao número de cartas recebidas, a premiação será cancelada.

razão: Idêntico ao número 5

correto: Avisamos que **,**devido ao número de cartas recebidas **,** a premiação será cancelada.

correto: Avisamos que devido ao número de cartas recebidas a premiação será cancelada.

8) *errado:* O ator fez referência ao art. 71, parágrafo único do Código Penal. Depois citou o art. 9º, § 1º da Constituição Federal.

razão: O vínculo a ser mantido é sempre entre o artigo e a Constituição, o artigo e o Código, o artigo e a Lei. Os elementos que entre eles aparecerem devem estar cercados, ilhados com duas vírgulas.

correto: O ator fez referência ao art. 71**,** parágrafo único **,** do Código Penal. Depois citou o art. 9º**,** § 1º **,** da Constituição Federal.

9) *errado:* Houve o transporte do produto em embalagens adequadas e, a sua quebra, aconteceu no manuseio após a entrega.

razão: Duas vírgulas erradas: a) entre o conectivo e a oração que ele introduz, a vírgula é proibida; b) nunca se separa o sujeito do verbo. Seria correta (e também facultativa) uma vírgula antes da conjunção "e", porque traz sentido de oposição, equivalente à conjunção "mas".

correto: Houve o transporte do produto em embalagens adequadas **,** e a sua quebra aconteceu no manuseio após a entrega.

10) *errado:* O problema atinge apenas o funcionário e o patrão, apesar de não aceitar tal posição, pretende indenizá-lo.

razão: Apesar de a pontuação estar correta, seria mais adequado inserir uma vírgula antes da conjunção "e", pois os sujeitos são diferentes, o que permite tal uso.

correto: O problema atinge apenas o funcionário **,** e o patrão, apesar de não aceitar tal posição, pretende indenizá-lo.

11) *errado:* Estiveram presentes José Pereira, reclamante e João Silveira, reclamado para a realização dos depoimentos.

razão: *Os apostos sempre vêm entre vírgulas, isolados, ou seja, uma antes e outra depois:*

correto: Estiveram presentes José Pereira **,** reclamante **,** e João Silveira **,** reclamado **,** para a realização dos depoimentos.

12) *errado:* Cumpre ainda ressaltar, que tal princípio vigora no Brasil.

razão: Entre a oração principal e a oração substantiva, estabelece-se uma relação lógica, proibindo o uso da vírgula.

correto: Cumpre ainda ressaltar ↓ que tal princípio vigora no Brasil.

oração principal — oração substantiva subjetiva (funciona como sujeito de *cumpre ressaltar*)

vírgula proibida

13) *errado:* Cumpre ainda ressaltar que, no Brasil vigora tal princípio.

razão: A vírgula solitária ali está errada. O trecho, por ter um termo acidental (adjunto adverbial) no meio, pode ser pontuado de duas formas:

correto: Cumpre ainda ressaltar que **,** no Brasil **,** vigora tal princípio.

correto: Cumpre ainda ressaltar que no Brasil vigora tal princípio.

14) *errado:* Tudo já estava combinado, pois ainda que houvesse falhas, o documento seria aceito.

razão: A oração adverbial sempre virá vinculada a uma oração principal. Quando a oração adverbial vem no meio da oração principal ou no meio de uma relação lógica, devem-se usar duas vírgulas, isolando tal construção intercalada.

correto: Tudo já estava combinado, pois **,** ainda que houvesse falhas **,** o documento seria aceito.

15) *errado:* Importante mencionar que se as pessoas desconheciam tal possibilidade, podem exigir a inserção.

razão: Idêntico aos números 14 e 20.

correto: Importante mencionar que **,** se as pessoas desconheciam tal possibilidade **,** podem exigir a inserção.

16) *errado:* Foi também convocado José da Silva Xavier que estava no local do crime, mas no dia determinado, não compareceu.

razão: Nas orações adjetivas explicativas a vírgula é obrigatória. Depois um adjunto adverbial deslocado (facultativo).

correto: Foi também convocado José da Silva Xavier **,** que estava no local do crime **,** mas **,** no dia determinado **,** não compareceu.

17) *errado:* A Lei 9.455/97 que define o crime de tortura, é a que traz o rol citado.

razão: Nas orações adjetivas explicativas a vírgula é obrigatória.

correto: A Lei 9.455/97 **,** que define o crime de tortura **,** é a que traz o rol citado.

18) *errado:* Três cidades foram importantes nessa época: o Rio de Janeiro que concentrava o poder, Minas Gerais que possuía riquezas naturais e agropecuárias e São Paulo que começava a se posicionar como forte centro industrial.

razão: Nessa enumeração, temos três orações adjetivas explicativas que devem ser isoladas. Além disso, por uma enumeração com tamanho razoável, seria mais fluente se, em vez da vírgula, fosse colocado o ponto-e-vírgula ao final de cada item da enumeração.

correto: Três cidades foram importantes nessa época: o Rio de Janeiro **,** que concentrava o poder **;** Minas Gerais **,** que possuía riquezas naturais e agropecuárias **;** e São Paulo **,** que começava a se posicionar como forte centro industrial.

19) *errado:* Ele disse que se não houvesse contratempos, estaria presente.

razão: A oração adverbial sempre virá vinculada a uma oração principal. Quando a oração adverbial vem no meio da oração principal ou no meio de uma relação lógica, devem-se usar duas vírgulas, isolando tal construção intercalada:

correto: Ele disse que........................relação lógica..........................estaria presente.

, se não houvesse contratempos ,

oração adverbial condicional no meio da relação lógica, portanto isolada

20) *A frase não traz falha. Por a oração adverbial estar na ordem direta, a vírgula é facultativa:*

correto: Ele disse que estaria presente se não houvesse contratempos.

correto: Ele disse que estaria presente , se não houvesse contratempos.

21) *errado:* Poderá inscrever-se no concurso, todo candidato que na data prevista pelo edital, possuir mais de 18 anos. Se houver inscrição por procuração, deverá o procurador, apresentar documentação registrada em cartório. O prazo de inscrição, vai até o dia 30.

correto: Poderá inscrever-se **,** no concurso **,** todo candidato que **,** na data prevista pelo edital **,** possuir mais de 18 anos. Se houver inscrição por procuração, deverá o procurador apresentar documentação registrada em cartório. O prazo de inscrição vai até o dia 30.

EXERCÍCIOS DE PROVAS

1) b
2) b
3) a

2. PRONOMES PESSOAIS: COLOCAÇÃO E USO

Observe estas quatro regras, que, combinadas e respeitadas, garantem uma colocação pronominal correta:

a) não iniciar período com pronome átono

errado: Se necessita de assistência médica.

<u>*certo*</u>*:* Necessita-**se** de assistência médica.

b) não pospor ao particípio

errado: Tendo feito-me uma acusação, dei início ao debate.
certo: Tendo-**me** feito uma acusação, dei início ao debate.

errado: Por ter citado-me, deveria aceitar a réplica.
certo: Por ter **-me** citado, deveria aceitar a réplica.

c) não pospor ao futuro (do presente e do pretérito) do indicativo

errado: Teria-se revisto o problema ainda hoje.

certo: Ter-**se**-ia revisto o problema ainda hoje.

errado: Essa atitude não deixaria-nos em posição inferior.

certo: Essa atitude não **nos** deixaria em posição inferior.

d) respeitar as palavras atrativas*

- com sentido negativo: *não, nunca, jamais, nem...;*

- advérbios (sem vírgula): sempre, aqui, lá, ontem, repentinamente, já, amanhã, aí...;
- pronomes indefinidos: todos, tudo, alguém, quem, ninguém, algum...;
- pronomes ou advérbios interrogativos: quem, qual, onde, quanto, por que...;
- pronomes relativos: que, o qual, cujo, quem;
- em + gerúndio;
- orações optativas (são as que exprimem desejo).
- conjunções subordinativas: conforme, caso, que, quando, enquanto, visto que, já que, a fim de que, para que, porque, mesmo que, conforme, segundo, embora...;

errado: O prazo sempre esgota-se às 12h45min.
certo: O prazo sempre **se** esgota às 12h45min

errado: Esses são os livros que acham-se à disposição.
certo: Esses são os livros que **se** acham à disposição.

errado: Nunca questiona-se a qual pena recebem as partes.
certo: Nunca **se** questiona a qual pena recebem as partes.

errado: Caberá revisão em tratando-se de omissão.
certo:Caberá revisão em **se** tratando de omissão.

Quanto ao uso dos pronomes pessoais, em geral as principais dúvidas concentram-se nas seguintes estruturas:

1) *Era* <u>*para* **eu** ou *para* **mim**</u> *receber esses elogios. Não ocorreram brigas* <u>*entre você e* **eu** ou *entre você e* **mim**</u>.

Construção que se tornou muito popular na linguagem cotidiana. Pense que o *eu* sempre funciona como sujeito* (vide exceção abaixo) e o *mim*, em oposição, nunca estará como sujeito.

Era para **eu** *receber esses elogios.* *Li a obra para* **eu** *aprender.*

Na segunda frase, o sujeito é "brigas", portanto os *pronomes* não estão no *caso reto*, mas sim estão sendo usados como complementos, portanto no *caso oblíquo*. : Ocorreram *acordos* <u>entre vocês e mim</u>. Ocorreram *acordos* <u>entre eles, ti e mim</u>. sujeito

sujeito

Nota — Tudo que se falou, nesse caso, da primeira pessoa singular (eu - mim) também vale para a segunda singular (tu -ti).

*O *eu* não funciona como sujeito somente com as chamadas preposições acidentais: exceto, menos, fora, salvo etc: *Todos erraram*, <u>*exceto eu*</u>; *Já saíram todos*, <u>*salvo eu*</u>. Já nas orações comparativas, o *eu* funciona normalmente como sujeito, pois o verbo fica subentendido: *Eles são inteligentes como eu* (sou). *Ele corre mais rápido do que eu* (corro).

2) *Precisamos falar* **consigo** ou *Precisamos falar* **com você**.

Os pronomes *se**, *si* e *consigo* só podem referir-se à terceira pessoa e funcionam como pronomes reflexivos, as ações devem voltar-se para o próprio sujeito: *Ele só fala de si mesmo*; *Eles viajaram e levaram as chaves consigo*. *Muito egoísta, ele só pensa em si*. Assim, estão equivocadas estas construções: Precisamos falar consigo. Concordo consigo. A correção pode ser (de acordo

com o tratamento): Precisamos falar com você (contigo). Concordo com você (contigo).

*O pronome *se* tem outras funções além de reflexivos:

- *reciprocidade*: Eles se amam.
- *pronome apassivador*: Alugam-se casas.
- *parte integrante do verbo*: Ele se queixou ao padre.
- *índice de indeterminação do sujeito*: Gosta-se de filmes.
- *palavra expletiva (ou de realce)*: Ele se foi muito quieto.

3) *Eles virão* **com nós** ou *Eles virão* **conosco**.

As formas *conosco* e *convosco* são as normais, mas se usa *com nós* e *com vós* desde que haja palavra reforçativa:

Eles virão *conosco* *ou* Eles virão *com nós mesmos/próprios* (pron. demonstrativos); *com nós todos* (pronomes indefinidos); *com nós três* (numerais); *com nós, os alunos* (aposto).

Na ausência de palavra reforçativa, sempre *conosco/convosco* é a forma adequada.

4) *Ele* **lhe** *visitou* ou *Ele* **o** *visitou.*

Como regra geral, o pronome "**o**" funcionará como objeto direto e o pronome "**lhe**" como objeto indireto. Como o verbo *visitar* é transitivo direto, exige objeto direto: *Ele* **o** *visitou*

EXERCÍCIO

1) Quanto à colocação pronominal, julgue os períodos (certo ou errado). Em seguida dê a razão do erro.

a) Muitos cidadãos têm indignado-se com a violência.

b) Pouco referiu-se aos exemplos estrangeiros.

c) Eles confirmaram que tornou-se possível a revisão salarial.

d) Poucos têm se indignado com a violência.

e) Foi aceita a proposta, à medida que tornou-se possível a mudança.

f) Nasce, cria-se, desenvolve-se e sempre reinicia-se.

g) Poderá haver novas idéias em permitindo-se a participação de todos.

h) Por ter citado-me, deveria aceitar a réplica.

i) Se necessita de assistência médica enquanto utiliza-se o remédio.

j) Essa atitude deixaria-nos em posição inferior.

l) Diria-se que a cidade, onde identificou-se a falha, não possui condições de resolvê-la. Tornou-se impossível de não vê-la.

2) (MP-RS) Assinale a alternativa correta:

a) Entre mim e ela nunca houveram segredos; de maneira que, ao nos reencontrarmos ontem, pudemos ser francos um com o outro.

b) Entre mim e ela nunca houve segredos; de maneira que, ao nos reencontrarmos ontem, podemos ser francos um com o outro.

c) Entre eu e ela nunca houveram segredos; de maneira que, ao nos reencontrarmos ontem, pudemos ser francos um com o outro.

d) Entre eu e ela nunca houve segredos; de maneira que, ao nos reencontrarmos ontem, podemos ser francos um com o outro.

e) Entre mim e ela nunca houve segredos; de maneira que, ao nos reencontrarmos ontem, pudemos ser francos um com o outro.

GABARITO

1) Quanto à colocação pronominal, julgue os períodos (certo ou errado). Em seguida dê a razão do erro.

a) Muitos cidadãos têm indignado-se com a violência.

Não pospor ao particípio. *O correto é*: *se têm indignado* ou *têm-se indignado* ou *têm se indignado*.

b) Pouco referiu-se aos exemplos estrangeiros.

Respeitar palavra atrativa (pronome indefinido). *É o correto*: Pouco se referiu.

c) Eles confirmaram que tornou-se possível a revisão salarial.

Respeitar palavra atrativa (conjunção subordinativa). *É o correto*: que se tornou possível.

d) Poucos têm se indignado com a violência.

Respeitar palavra atrativa (pronome indefinido). *É o correto*: Poucos se têm indignado.

e) Foi aceita a proposta, à medida que tornou-se possível a mudança.

Respeitar palavra atrativa (conjunção subordinativa). *É o correto*: à medida que se tornou possível.

f) Nasce, cria-se, desenvolve-se e sempre reinicia-se.

Respeitar palavra atrativa (advérbio). *É o correto*: sempre se reinicia.

g) Poderá haver novas idéias em permitindo-se a participação de todos.

Na expressão EM + GERÚNDIO, o pronome átono fica no meio obrigatoriamente: em se permitindo.

h) Por ter citado-me, deveria aceitar a réplica.

Não pospor ao particípio. *O correto é*: Por me ter citado ou Por ter-me citados ou Por ter me citado.

i) Se necessita de assistência médica enquanto utiliza-se o remédio.

Não iniciar o período com o pronome átono. *É o correto*: “Necessita-se”. Respeitar palavra atrativa (conjunção subordinativa). *É o correto*: enquanto se utiliza.

j) Essa atitude deixaria-nos em posição inferior.

Não pospor ao futuro do indicativo. Como não há palavra atrativa, pode-se usar antes do verbo (próclise) ou no meio (mesóclise): Essa atitude nos deixaria ou Essa atitude deixar-nos-ia.

l) Diria-se que a cidade, onde identificou-se a falha, não possui condições de resolvê-la. Tornou-se impossível de não vê-la.

Não pospor ao futuro do indicativo. Por estar se iniciando o período, só cabe o ênclise: Dir-se-ia. O advérbio “onde” é palavra atrativa. *O correto é*: “onde se identificou”.

2) e

PORTUGUÊS

Conectivos (Inadequados)

Pleonasmos

1. CONECTIVOS (INADEQUADOS)

a) A expressão "(*de) vez que*" é condenada pelos gramáticos. Evite-a, substituindo por outra expressão que traga a idéia de causa (*uma vez que, porque, já que, visto que, porquanto*).

evite: Resolveu protestar, vez que não o deixaram falar.

use: Resolveu protestar, uma vez que não o deixaram falar.

evite: Tal ajuste é impróprio, *de vez que* a lei não previu.

use: Tal ajuste é impróprio, *já que* a lei não previu.

b) Na introdução de causas, a expressão "*eis que*" não é abonada pelos gramáticos. A expressão "*eis que*" é válida para indicar algo que ocorre subitamente, de forma imprevista, de surpresa: *Eis que eles entraram a correr. Eis que apareceu a solução.*

evite: Não há o que pagar, eis que não existiu o consumo.

use: Não há o que pagar, porque não existiu o consumo.

c) A expressão "*posto que*" é outra locução conjuntiva que é usada indevidamente como causal ou explicativa. O uso adequado de "*posto que*" está relacionado à idéia de concessão e se equivale a "*embora, ainda que, se*

bem que, conquanto" (A prova, posto que fosse difícil, foi feita por todos.). Para introduzir uma causa ou explicação, mantenha o uso das conjunções e expressões que não geram protestos: *uma vez que, porque, já que, visto que, porquanto*, etc.

use: "a antijuricidade material não fica isenta de críticas, *uma vez que* se vale de conceitos genéricos..."

use: "a antijuricidade material não fica isenta de críticas, *pois* se vale de conceitos genéricos..."

evite: "a antijuricidade material não fica isenta de críticas, *posto que* se vale de conceitos genéricos..."

d) No uso de "*e nem*" há redundância, pois estão sendo usadas duas conjunções, o que é desnecessário; há duas opções: *e não* / *nem*.

pleonasmo: Não veio e nem nos avisou.

correto: Não veio *e não* nos avisou.

correto: Não veio *nem* nos avisou.

e) Não se deve usar "*enquanto que*". A conjunção temporal é simplesmente *enquanto*.

evite: Ele saiu passear *enquanto que* ela ficou trabalhando.

use: Ele saiu passear *enquanto* ela ficou trabalhando.

f) Não existe a forma *no entretanto*. Temos duas opções: **no entanto** ou **entretanto**. Misturá-las é o que gera o erro. Também não se devem usar na mesma oração duas conjunções adversativas, em frases como: "Saíram, *mas*

voltarão, *no entanto*, em breve". Ou use usa uma ("Saíram, *mas* voltarão em breve") ou a outra ("Saíram, voltarão , *no entanto*, em breve").

g) Em frases como "*Se caso* ele viesse", houve aí acúmulo de conjunções condicionais. Basta uma delas. Dessa forma, "se caso" introduzindo a mesma oração é redundância, é excesso. Use uma ("*Se* ele viesse") ou a outra ("*Caso* ele viesse")

h) Não se deve usar a locução "*por causa que*". O que se usa corretamente é "*por causa de*".

evite: Ele não quis sair por causa que chovia.

use: Ele não quis sair *porque* chovia.

use: Ele não quis sair *por causa da* chuva.

i) A palavra "*onde*" deve referir-se exclusivamente à idéia de lugar. Para substituí-la, use os pronomes relativos "*em que*" e "*no qual*" (e variações). Observe:

use: Muitos participaram da reunião na qual se debateu a crise fiscal.

evite: Muitos participaram da reunião onde se debateu a crise fiscal (*reunião* não é um lugar; ela acontece em algum lugar).

use: Ocorreu uma fase mais positiva, na qual houve crescimento econômico.

evite: Ocorreu uma fase mais positiva, onde houve crescimento econômico. (a palavra *fase* traz idéia de tempo e não de lugar)

Já diferença entre *onde* e *aonde* é a seguinte:

- *onde*: só use para os verbos e nomes que exigem preposição *EM* (*estar em, ficar em, entregar em*). Exemplo: Esta é a cidade onde nasci (quem nasce, nasce em algum lugar).
- *aonde*: só use para os verbos e nomes que exigem preposição *A (ir a, voltar a, chegar a*). Exemplo: Esta é a cidade aonde ele sempre ia (quem vai, vai a algum lugar).

j) Atente-se às possibilidades de uso:

- *à medida que*: traz a idéia de proporcionalidade e se equivale às expressões *à proporção que, ao mesmo tempo que*. Exemplo: Ele pagou a dívida *à medida que* novas vendas foras feitas.
- *na medida em que*: traz a idéia de causalidade e equivale-se a *tendo em vista que, uma vez que, pelo fato de que*. Exemplo: Ele terá de pagar a dívida *na medida em que* assumiu tal compromisso.

Não existe na língua portuguesa a locução conjuntiva *à medida em que*.

EXERCÍCIOS

1. A alternativa que substitui, correta e respectivamente, as conjunções ou locuções grifadas nos períodos abaixo é:

I. Visto que pretende deixar-nos, preparamos uma festa de despedida.

II. Terá sucesso, contanto que tenha amigos influentes.

III. Casaram-se e viveram felizes, tudo como estava escrito nas estrelas.

IV. Foi transferido, portanto não nos veremos com muita freqüência.

a) porque – mesmo que – segundo – ainda que

b) como – desde que – conforme – logo

c) quando – caso – segundo – tão logo

d) salvo se – a menos que – conforme – pois

e) pois – mesmo que – segundo – entretanto

2) Identifique a conjunção na oração abaixo e assinale a alternativa que possui sua classificação.

Chove há três dias. Haverá, pois, enchentes novamente.

a) explicativa

b) conclusiva

c) concessiva

d) adversativa

e) conformativa

Nas duas questões seguintes (3 e 4), indique a alternativa em que a substituição não mantém o mesmo valor semântico.

3) Mandou que saíssem; exigiu, portanto, o seu isolamento.

a) por conseguinte

b) então

c) porquanto

d) assim

e) pois

4) Ainda que eu merecesse, não me maltratou.

a) embora

b) se bem que

c) apesar de que

d) conquanto

e) já que

GABARITO

1) B

2) B

3) C

4) E

2. PLEONASMO

Com a repetição geralmente desnecessária de uma mesma idéia, surge o *pleonasmo*. Por si só, ele não é um erro e até nos leva, às vezes, a construções mais claras ou mais persuasivas. Sua rejeição está vinculada ao uso e não à lógica. Por isso, o pleonasmo condenado pelos gramáticos, o chamado *vicioso*, não se ajusta a uma regra objetiva, mas reflete certo preconceito que se constitui e se consagra socialmente. Daí haver repetições que possuem aceitação (*voltar atrás*) e outras que se tornam muito pejorativas, de pouco prestígio (*entrar para dentro, subir para cima*). O pleonasmo nasce, cresce e se multiplica de várias formas. Observe algumas formações evitáveis em textos mais formais:

a) desconhecimento de um prefixo:

- Antes preferiu aguardar o dinheiro a enviar o produto.
- Foi displicente, pois não se precaveu antecipadamente.
- Conviviam juntos há vinte anos.

b) desconhecimento de um sufixo:

- Antes de ingerir o alimento, retire a pequena película.
- Para fugir, caminhou por um pequeno riacho.

c) desconhecimento de um radical:

- Era uma pessoa com uma bela caligrafia.
- O carrasco tinha ordem para decapitar a cabeça do rei.

- O problema dele é hepatite no fígado.
- Não nos ofereceram uma outra alternativa.

d) expansão vocabular (ênfase):

- Ele já havia descido lá embaixo três vezes.
- Cresce o monopólio exclusivo de certas licitações.
- Todos foram unânimes em negar a autoria.

e) desgaste:

- No barco da ONU, só os estrangeiros embarcariam.
- A realidade é dura, mas deveriam encará-la de frente.

f) restrições sintáticas:

- Ele trouxe as provas, as quais prometera revelá-las.
- Famoso ator escreverá sua autobiografia.
- A lei começa a vigorar a partir de julho.
- O elo de ligação desses países será a cultura ibérica.
- Criou-se novo itinerário para os contrabandos.
- Ele não veio, mas, no entanto, avisou a todos.

g) restrições espaciais:

- Tal mudança ocorre em todos os países do mundo.
- Sorriu muito, sorriu com todos os dentes da boca.

- Após a piada, ficou com um grande sorriso nos lábios.
- Vejam lá no céu as maravilhosas estrelas.
- Aquilo era oco por dentro.

h) restrições convencionais:

- As prefeituras municipais receberão os valores na data.
- O almirante da Marinha concordou com a explicação.

i) restrições numéricas:

- O comércio bilateral entre os dois países será reatado.
- Ele disse que só virão ambos os dois.

j) restrições semânticas:

- Há cerca de um mês atrás, houve a acusação.
- Tal posição não se insere dentro de tal doutrina.
- Adiaram o espetáculo para depois.
- O marco de referência era uma casa.
- A viúva do falecido trouxe reveladoras informações.
- Ele projeta para o futuro profundas mudanças.

l) desconhecimento etimológico:

- A doação pode ser de arroz, batata, cebola e etc.

Outros exemplos:

- Trouxeram leite, carne, pães, legumes, etc... **
- Aquilo era um abismo sem fim.
- Era uma obra-prima, mas faltou um acabamento final.
- A solução ainda deve demorar mais uns dez dias.
- Disse que faria uma alocução breve.
- Famoso ator escreverá sua autobiografia.
- A árvore em breve cairia para baixo.
- O cardume de peixes era maravilhoso.
- A lei começa a vigorar a partir de julho.
- Só entrará em vigor a partir de 2000.
- Um caso qualquer, como, por exemplo, o citado pelo réu.
- Com essas atitudes, até parece um demente mental.
- Apelaram para o divino amor de Deus.
- Estava alienado, parecia viver no escuro das trevas.
- A exportação para o exterior precisa de regras.
- Tirar o animal de seu hábitat natural pode matá-lo.
- Houve rapidez para conter a hemorragia de sangue.
- Na compra do caderno, você ganha grátis dois lápis.
- Ao assinar a revista, você ganha outra gratuitamente.
- A casa possuía várias goteiras no teto.
- Inventaram uma nova palavra.
- Na fogueira havia a beleza das labaredas de fogo.

- Ele fala seis línguas diferentes.
- As lojas conseguem manter os mesmos preços de abril.
- O manuscrito foi feito pelas mãos do eterno Machado.
- A monocultura exclusiva do trigo gerou a supersafra.
- A empresa tinha um monopólio exclusivo de vendas.
- Ninguém sabia a ortografia correta daquela palavra.
- Na descrição, havia pequenos detalhes.
- O Brasil precisa de planos para o futuro.
- As falhas deveriam ser previstas com antecedência.
- Quando deu a ré para trás, aconteceu o acidente.
- O batalhão, ao recuar para trás, garantiu a vitória.
- Ele reincidiu outra vez na falha.
- Ele não conseguiu repetir outra vez as mesmas idéias.
- Após o furto, ele saiu fora imediatamente.
- Se caso houvesse falha, deveriam devolver o produto.
- A eleição será realizada posteriormente.
- Ele conhecia os seus próprios defeitos.
- O item, acima supracitado, será revisto.
- A atitude dele foi uma surpresa inesperada para todos.
- Só há validade se for previamente previsto em lei.
- O princípio só é válido se contido dentro de outro.
- Ontem se deu a inauguração do novo prédio.

Em tempo: O desconhecimento de certa parte da palavra às vezes gera pleonasmos e também construções meio ilógicas, como: Havia um erro de ortografia. O carrasco primeiro decapitou os dedos do condenado. Exigiu-se a presença de ambos os três.

PORTUGUÊS

Orientação para Pronúncias Questionáveis

Organização do Texto e o Ritmo da Escrita

1. ORIENTAÇÃO PARA PRONÚNCIAS QUESTIONÁVEIS

Ortoepia: parte da gramática que estuda a pronúncia; o erro gera a *cacoepia* (falar roba, em vez de roubar).

Prosódia: estudo da tonicidade; a pronúncia da sílaba errada faz surgir uma *silabada* (rúbrica em vez de ru<u>bri</u>ca).

1.1. Guia de Pronúncia

eu a**<u>da</u>**pto

ele a**<u>da</u>**pta

afi**<u>ci</u>**onado

eu afr**<u>ou</u>**xo

ele afr**<u>ou</u>**xa

eu al**<u>me</u>**jo (ê)

ele al**<u>me</u>**ja (ê)

<u>âm</u>bar

eu apazi**<u>gu</u>**o

ele apazi**<u>gu</u>**a

ele(s) apazi**<u>gú</u>**e(m)

a**<u>res</u>**to (é)

eu ar**gu**o

ele ar**gú**i

eles ar**gú**em

que eles ar**gu**am

ele argü**i**u

aus**te**ro (é)

au**tó**psia

a**va**ro

eu averi**gu**o

ele averi**gu**a

ele(s) averi**gú**e(m)

benefi**ce**nte

bl**e**fe (é)

bodas (ô)

dúplex

carac**te**res (é)

casset**e**tes (é)

cate**ter** (é)

eu ca**vou**co

ele ca**vou**ca

con**dor**

crosta (ô)

eu de**si**gno

ele de**si**gna

distin**guir**

docima**si**a

dolo (ó)

eu es**tou**ro

ele es**tou**ra

e**x**eg**e**se (z)(gé)

extra (ê)

experto (ecs)

filan**tro**po (ô)

fl**ui**do (úi)

foro (ô)

for**tui**to (úi)

gra**tui**to (úi)

hábitat

hie**ró**glifo

homi**zi**o

i**be**ro (é)

i**le**so (ê)

eu im**pre**gno (é)

ele im**pre**gna (é)

ímprobo

eu im**pu**gno

ele im**pu**gna

in**ces**to (é)

ino**do**ro (ó)

eu in**tei**ro

ele in**tei**ra

ínterim

juni**o**res (ô)

látex

leso (é)

lêvedo

mercan**ci**a

misan**tro**po (ô)

mis**ter** (é)

necro**psi**a

No**bel**

no**vel**

ob**sé**quio (z)

ômega

p**e**cha (é)

eu pe**nei**ro

ele pe**nei**ra

probo (ó)

eu pro**pu**gno

ele pro**pu**gna

pu**di**co

eu rea**da**pto

ele rea**da**pta

re**cor**de

eu re**pu**gno

ele re**pu**gna

eu re**si**gno

ele re**si**gna

eu **rou**bo

ele **rou**ba

ru**bri**ca

ru**im**

eu sa**ú**do

ele sa**ú**da

servo (é)

sesta (é)

sinta**xe** (ce)

so**be**jo (ê)

sub**si**diar (ci)

sub**sí**dio (ci)

su**or** (ó)

sur**sis** (**sí**)

têxtil

torpe (ô)

tó**xi**co (csi)

tríplex

u**xo**ricida (cso)

xérox

Palavras com dupla pronúncia: ortoépia/ortoepia, projétil/projetil, sóror/soror, réptil/reptil, autópsia/autopsia, acróbata/acrobata, xérox/xerox, necrópsia/necropsia.

1.2. Acréscimos, Cortes, Trocas e Afins

adivinhar (e nunca *advinhar*)

alcagüetar (e nunca *cagüetar*)

asterisco (e nunca *asterístico*)

beneficente (e nunca *beneficiente*)

cabeleireiro (e nunca *cabelereiro*)

caderneta (e nunca *cardeneta*)

caranguejo (e nunca *carangueijo*)

disenteria (e nunca *desinteria*)

doze (e nunca *douze*)

estupro (e nunca *estrupo)*

exacerbar (e nunca *exarcebar*)

fratricídio (e nunca *fraticídio*)

freada (e nunca *freiada*)

geminado (e nunca *germinado*)

lagarto (e nunca *largato*)

losango (e nunca *losângulo*)

macérrimo (e nunca *magérrimo*)

manteigueira (e nunca *mantegueira*)

mendicância (e nunca *mendigância*)

meritíssimo (e nunca *meretíssimo*)

meteorologia (e não *metereologia*)

mortadela (e nunca *mortandela*)

octogésimo (e nunca *octagésimo*)

opróbrio (e nunca *opróbio*)

plebiscito (e nunca *plesbicito*)

prazeroso (e nunca *prazeiroso*)

problema (e nunca *pobrema*)

reivindicação (e não *reinvindicação*)

sobrancelha (e nunca *sombrancelha*)

viger (e nunca *vigir*)

2. ORGANIZAÇÃO DO TEXTO E O RITMO DA ESCRITA

Na harmonização entre termos, frases, períodos e parágrafos, estabelece-se o *ritmo da escrita*, uma construção que só se equilibra e se mantém caso se projete aquele que está no outro pólo, ou seja, o leitor. Na organização verbal, a função essencial dos sinais de pontuação é dar um *ritmo ao leitor*, isso com a finalidade de gerar clareza e facilitar a compreensão. Por tal motivo, possui uma visão mais madura o autor que, ao escrever, retrai o *ego* para poder, com o outro, dividir o ato de criar, dentro de um princípio de *alteridade* e *cooperação*. Dessa relação entre autor e leitor, há o pressuposto da *interação*, uma atitude que estranhamente se dá em tempo e lugar diferentes, porém sem nunca perder o fio que os interliga: o texto.

2.1. Análise de Problemas Textuais

2.1.1. Repartição dos parágrafos

Alguns parágrafos revelam certa fragilidade estrutural porque sofrem fragmentação. Por haver uma seqüência que traz o tema dentro de um mesmo enfoque, seria, como no exemplo abaixo, mais produtiva a recomposição em um só parágrafo.

Trecho original (A)

A Constituição Federal do Brasil, em seu artigo segundo, dispõe que "são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o executivo e o judiciário".

A tripartição dos poderes resultou da nova concepção de Estado.

Antigamente, os reis encarnavam todos os poderes, ou seja, legislavam, julgavam e administravam.

Trecho recomposto (A)

A Constituição Federal do Brasil, em seu artigo segundo, dispõe que "são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o executivo e o judiciário". Essa tripartição dos poderes resultou da nova concepção de Estado, pois, antigamente, os reis encarnavam todos os poderes, ou seja, legislavam, julgavam e administravam.

Também há textos que trazem parágrafos longos demais. Apesar da unidade temática, há um aspecto físico, em que a memória começa a ter dificuldade por causa do excesso de informação em um só parágrafo. Há, portanto, um equilíbrio entre conteúdo e tamanho a ser respeitado. A mudança de um parágrafo para outro possui alguns limites, geralmente ligados a três aspectos (muito flexíveis): – *a mudança de tópicos (que são as unidades que o texto vai construindo);*

- o grau de detalhamento das informações em relação ao tópico geral do texto;
- o tamanho do próprio parágrafo.

2.1.2. Extensão dos períodos

Deve sempre haver controle na produção das frases e dos períodos, criando um equilíbrio quantitativo e qualitativo, tanto no desenvolvimento do conteúdo (correlação equilibrada entre a informação já posta com aquela que ainda virá) quanto no aspecto formal, isto é, a extensão.

Quando a extensão do período foge ao normal, traz, de forma inevitável, um conjunto de dificuldades e imperfeições:

- pontuação sobrecarregada e confusa, pois dificulta identificar as correlações e faz nascer concorrências referenciais;
- excesso de conexões e, por conseqüência, abundância de subordinações e de orações reduzidas, principalmente as de gerúndio.

Trecho original (B)

O controle preventivo, como o próprio nome diz, é aquele que ocorre antes da criação da lei ou do ato normativo, pode ser feito pelo Poder Legislativo, por meio das Comissões de Constituição e Justiça, no momento em que essas analisam os projetos de lei que são submetidos ao seu crivo, pelo Poder executivo, por intermédio do chamado "veto jurídico" e pelo Poder judiciário, no caso de ocorrer violação das normas constitucionais do processo legislativo, desde que seja provocado tal controle por quem tenha direito subjetivo ao devido processo legislativo, em regra é o parlamentar que participa do processo legislativo.

Trecho recomposto (B)

O controle preventivo, como o próprio nome diz, é aquele que ocorre antes da criação da lei ou do ato normativo e ele pode ser feito pelos três poderes: pelo poder legislativo, por meio das Comissões de Constituição e Justiça, no momento em que essas analisam os projetos de lei que são submetidos ao seu crivo; pelo poder executivo, por intermédio do chamado

“veto jurídico”; e pelo poder judiciário, no caso de ocorrer violação das normas constitucionais do processo legislativo. Nesse último caso, ocorre desde que seja provocado por quem tenha direito subjetivo ao devido processo legislativo, que, em regra, é o parlamentar que de tal processo participa.

Outra preocupação está vinculada à fragmentação do período, construção que não oferece o nexo necessário para facilitar a vida do leitor. A correção agora se dá pela troca do ponto por uma vírgula e, com base na correlação criada, a inserção de um conectivo. Ao criar um outro ritmo, também se cria uma outra forma de apreender o trecho.

2.1.3. Fluência na leitura e ritmo

Muitos trechos exigem ou um ritmo diferente do proposto ou uma conexão mais fluente, mudanças que permitam prosseguir sem sobressaltos. Mostra-se muito eficiente para o leitor a colocação de elementos rítmicos que o orientam para aquilo que vai ser redigido, a fim de que ele percorra o trecho cognitivamente preparado.

Deve-se, portanto, estar atento à capacidade de o texto comunicar e autocomunicar-se por meio de construções que mantêm o desenvolvimento do conteúdo e, simultaneamente, norteiam a leitura para as correlações mais importantes ou para aquilo que deve ser percebido em destaque. Isso ocorre, por exemplo, com os paralelismos:

Trecho original (C)

As espécies de liberdade provisória sem fiança, divide-se em obrigatória e permitida.

Nas obrigatórias é direito incondicional do acusado e dá-se nos casos em que se livra solto.

Já a permitida verifica-se nos casos em que não caber prisão preventiva.

Somente o juiz de direito pode conceder liberdade sem fiança.

Trecho recomposto (C)

As espécies de liberdade provisória sem fiança dividem-se em obrigatória e permitida. <u>A obrigatória</u> é direito incondicional do acusado e dá-se nos casos em que se livra solto; <u>já a permitida</u> verifica-se nos casos em que não <u>couber</u> prisão preventiva. A liberdade sem fiança pode ser concedida somente pelo juiz de direito.

PORTUGUÊS

Padronização

Má Formação ou Uso Impróprio

1. PADRONIZAÇÃO

A) FALHA: *12:30HRS / 12:30HS*

CORREÇÃO: a forma oficial de indicar o horário é

para as horas cheias: 12h, 13h

para as horas com minutos: 12h30min, 13h20min

b) FALHA: *Lei 8971*

CORREÇÃO: usa-se, nos numerais, um ponto para separa o milhar da centena: *Lei 8**.**971*. A única exceção é a data que indica os anos: 1987, 1988, 1999, 2000, etc.

c) FALHA: *lei 8.071*

CORREÇÃO: quando a lei é determinada, é normal vir com letra maiúscula: **L**ei 8.071.

d) FALHA: *artigo 96, inciso III da CF*

CORREÇÃO: a ligação lógica é entre o artigo e a Constituição; o que aparece entre eles vem entre vírgulas:

*artigo 96**,** inciso III**,** da CF.*

Obs.: Em um texto formal (provas e documentos), são evitáveis abreviações que não possuem domínio social. Torna-se mais adequado por extenso: Código

Penal, Constituição Federal.

e) FALHA: *p/ c/q.*

CORREÇÃO: em um texto formal, não se devem usar formas não convencionadas de abreviação.

f) FALHA: *consequências*

CORREÇÃO: o trema vigora normalmente: *conseq**ü**ências*.

g) FALHA: às zero horas, das zero horas às sete

CORREÇÃO: O numeral "*zero*" exige a concordância singular: ***da*** zero *hora* às sete, das duas *à* zero *hora*, *zero grau*.

h) FALHA: de Março a Abril

CORREÇÃO: Os meses grafam-se com letra minúscula: "de março a abril".

i) FALHA: todas as Sextas-feiras, de Terça a Sábado

CORREÇÃO: Os dias da semana grafam-se com letra minúscula: todas as sextas-feiras, de terça a sábado.

1.1. Má formação ou uso impróprio

(extraídos de textos)

a) FALHA: ***a nível de***

CORREÇÃO: evite essa expressão, pois ela tem recebido uma rejeição

social, já que cria um tom pomposo e vazio. Substitua por *em âmbito, quanto a, em relação a,* etc. Às vezes, é tão dispensável que sua falta nem é sentida:

evite: O encontro a nível internacional foi frutífero.

use: O encontro internacional foi frutífero.

b) FALHA: ***isto posto***

CORREÇÃO: nas orações reduzidas de particípio, é este que deve iniciá-las:

Colocado o problema, Refeito o cálculo, Posto o motivo, Posto isso...

c) FALHA: *...e o mesmo ainda disse que tinha razão...*

CORREÇÃO: não use *mesmo* no lugar dos pronomes pessoais.

evite: Francisco Xavier viu o fato, porém o mesmo não quis testemunhar.

use: Francisco Xavier viu o fato, porém ele não quis testemunhar.

d) FALHA: *primeiramente*

CORREÇÃO: o sufixo *mente* só se une aos adjetivos. *Primeiro* é um numeral e, portanto, não deve receber essa derivação. Use *inicialmente, a princípio, primeiro*.

e) FALHA: *Não houve qualquer acordo.*

CORREÇÃO: em orações de sentido negativo, não use *qualquer*. Substitua por *nenhum* ou palavra de valor negativo equivalente.

evite: Não houve qualquer falha no processo.

use: Não houve nenhuma falha no processo. (ou) Não houve falha alguma no processo.

f) FALHA: *anti-jurídico, sobre-jornada*

CORREÇÃO: o prefixo *anti* e *sobre* só recebem hífen diante de palavras iniciadas por H, R e S. Dessa forma, devem ser grafadas sem traço as palavras *antijurídico* e *sobrejornada*.

g) FALHA: *o que depreende-se / o qual manteve-se / o que determina-se*

CORREÇÃO: havendo palavra atrativa, usa-se o pronome átono próximo a ela: *o que se depreende, o qual se manteve, o que se determina*.

h) FALHA: *a conduta visa um resultado*

CORREÇÃO: o verbo *visar*, com o sentido de "objetivar, desejar, almejar", é transitivo indireto, exige preposição **a**. O correto é: *conduta visa a um resultado*.

i) FALHA: *implica num comportamento positivo / o dolo eventual implica na assunção dos riscos*

CORREÇÃO: o verbo implicar, com o sentido de "acarretar, gerar, produzir", é transitivo direto, não exige

preposição. Dessa forma, a frase correta é:

implica um comportamento positivo / o dolo eventual implica a assunção dos riscos.

j) FALHA: *o agente prefere correr o risco de produzir o resultado do que parar de praticar a conduta.*

CORREÇÃO: a regência do verbo *preferir* é *preferir algo a outra coisa*: O agente prefere correr o risco de produzir o resultado ***a*** parar de praticar a

conduta.

k) FALHA: *"ele quis tão somente colaborar"*

CORREÇÃO: sempre virá com hífen: *tão-somente*. Usa-se tal expressão para enfatizar o advérbio *somente*.

l) FALHA: *a conduta tem que ser voluntária*

CORREÇÃO: a formação unânime para esta locução verbal é *ter +* ***de*** *+ infinitivo*. Assim: *a conduta tem* ***de*** *ser voluntária*.

m) FALHA: *decorre do agente não prever o que era previsível*

CORREÇÃO: *decorre de* ***o agente*** *não prever o que era previsível*

o núcleo do sujeito não vem casado com preposição. Em nossos códigos, há alguns exemplos:

(Código de Processo Civil) art. 881 - "...e a proibição *de o réu* falar nos autos...";

(Código de Processo Penal) art. 570 - "...desde que o interessado compareça, antes *de o ato* consumar-se,...".

Obs.: Não se deve, porém, criar uma situação homogênea, pois, se não existir a função de sujeito, faz-se obrigatoriamente a combinação: "Todos sabem os seus direitos, apesar ***dos*** deveres, apesar ***deles***".

n) FALHA: *destaca-se, portanto, duas espécies de dolo*

CORREÇÃO: falha de concordância verbal:

*destaca**m**-se, portanto, duas espécies de dolo (duas espécies de dolo são destacadas)*

o) FALHA: *exige-se menos requisitos*

CORREÇÃO: falha de concordância verbal: *exige**m**-se menos requisitos (menos requisitos são exigidos)*

p) FALHA: *juri*

CORREÇÃO: falha de acentuação, pois as paroxítonas terminadas em **i** recebem acento: *j**ú**ri*.

q) FALHA: *definí-lo, atingí-lo*

CORREÇÃO: falhas de acentuação, pois as oxítonas terminadas em **i** não são acentuadas: *defin**i**-lo, ating**i**-lo*

r) FALHA: *a devida tipificação não influência*

CORREÇÃO: falha-se por causa do acento (ela não *influencia*)

s) FALHA: *face a / frente a*

CORREÇÃO: as expressões "face a" e "frente a" são condenadas pelos gramáticos.Deve-se usar *ante, perante, diante, em face de, em frente a*.

t) FALHA: *no dolo eventual, onde o agente assume o risco*

CORREÇÃO: a palavra *onde* só serve para se referir à idéia de lugar. Nesse caso, ficaria melhor:

no dolo eventual, no qual o agente assume o risco

u) FALHA: *Devido o erro, encerraram-se as atividades.*

CORREÇÃO: a locução é *devido a*. Dessa forma: *Devido ao erro...*

v) FALHA: *A princípio, sua idéia será aceita.*

CORREÇÃO: a expressão "a principio" só deve ser usada com o sentido de "no início, inicialmente, no princípio" . Com a idéia de *hipótese, em tese*, o correto é *em princípio*.

w) FALHA: *"através de seu depoimento pessoal", "através de documentos"*

CORREÇÃO: a expressão "*através de*" vem da palavra "*atravessar*" e significa "*transpassar, ultrapassar, no decorrer de*. Evite, portanto, "*através de*" para introduzir a idéia de *meio, instrumento* ou *agente*. Substitua por "*mediante, por meio de, graças a, por intermédio de*". Às vezes até preposições simples (*por, com, de*, etc.) fazem sozinhas a substituição. É mais adequado: "por meio de seu depoimento pessoal" , "mediante documentos".

x) FALHA: *inobstante*

CORREÇÃO: apesar do uso muito comum, é palavra discriminada por alguns gramáticos. Para questões divergentes, adote a forma que não cabe correção: não obstante.

y) FALHA: *o não cumprimento; o não pagamento*

CORREÇÃO: a palavra "não" passa a prefixo (e sempre com hífen) quando acompanha os nomes (adjetivos e substantivos) e tem o mesmo valor de negação que o prefixo "-in": *o não-cumprimento; o não-pagamento*. Isso deixa de ocorrer com os particípios: *caso não analisado, objeto não vendido*.

z) FALHA: *de maiores recursos médicos-hospitalares*

CORREÇÃO: nos adjetivos compostos só varia o último elemento: recursos

médico-hospitalares

Na imprensa

Direito em Português simples é necessário

(*Gazeta mercantil*, São Paulo, 11/01/2001)

A leitura de um texto jurídico mal escrito pode ser tão entendiante para o profissional do Direito quanto excitante é a leitura de um a obra de José Saramago para o apreciador da Língua Portuguesa. Mais grave do que o tédio do leitor é a falta de comunicação decorrente do Português ruim. Frase comum de se ouvir: "Advogado escreve difícil". Não faltam profissionais da advocacia que se orgulham disso. Estão enganados e, pelo bem da profissão, talvez devessem repensar tal postura e envidar esforços para uma comunicação eficaz em seus textos e petições – seja o destinatário final um cliente, um desembargador, um ministro do supremo ou o público em geral.

Não se fala aqui, em deixar de lado as questões complexas. Defende-se, isso sim, a abordagem de quaisquer temas, complexos ou não, por meio de uma estrutura de texto e redação simples, clara e de fácil entendimento. A palavra-chave é simplicidade e não simplismo. Por sua natureza científica, o texto jurídico, não raro, envolve complexidades. Porém, não há de se confundir complexidade com complicação. É natural que não se espere de um advogado um estilo como o de Saramago. No outro extremo, todavia, não se pode admitir um texto jurídico que imponha ao leitor malabarismos.